

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
DÉSISTEMENT D'APPEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 8 Décembre 1908, à 3 h.

PAR

Gabriel GUILLEMOT

Président : M. TISSIER professeur,
Suffragants { MM. AMBROISE COLIN, professeur
BARTIN, professeur

PARIS V°

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
DÉSISTEMENT D'APPEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 8 Décembre 1908, à 3 h.

PAR

Gabriel GUILLEMOT



Président : M. TISSIER professeur,
Suffragants { MM. AMBROISE COLIN, professeur
BARTIN, professeur

PARIS V°
V. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Le désistement d'appel

CHAPITRE PREMIER

LE DÉSISTEMENT D'APPEL. — SA NATURE. — SES CARACTÈRES DISTINCTIFS D'AVEC L'ACQUIESCEMENT, LA TRANSACTION, L'ALIÉNATION ET LA PÉREMPTION

Le législateur a établi des règles de procédure pour instruire les procès dans des formes identiques et avec le plus d'équité possible, mais il n'a pas voulu contraindre les plaideurs à recevoir la décision des juges et leur a permis d'arrêter les débats quand ils en jugeraient la continuation inutile.

Dans ce but, il mit à leur disposition le désistement.

Le désistement est l'abandon de la procédure déjà entamée, offert par le demandeur et accepté par le défendeur(1).

Il a pour effet propre, si le dernier jour du laps de temps requis pour l'achèvement de la prescription du

1. Glasson. *Précis théor. et pratiq. de procéd. civ.*, t. I, § 98, p. 693.

droit litigieux ne s'est pas écoulé pendant l'instance, de remettre les parties dans la situation qu'elles occupaient avant le procès.

Le désistement n'est qu'un acte de procédure ; dès qu'il est accepté, l'instance est anéantie mais le droit n'a pas été atteint, libre donc au demandeur de faire valoir à nouveau sa prétention.

Ce résultat est fatal lorsque les parties n'ont encore soumis leur différend qu'au juge du premier degré, mais en appel il est assez rare, car une règle impérative de cette institution vient presque toujours changer l'effet normal du désistement. Elle est formulée par les articles 443 et 444 du Code de procédure civile. « Le délai pour interjeter appel sera de deux mois....., il emportera déchéance. » Cette seule règle donne au désistement d'appel toute son importance.

Si, au jour de l'abandon de la procédure par l'appelant, le délai de deux mois est épuisé, (et c'est ce qui a lieu ordinairement) les plaideurs ne se retrouvent plus dans la même situation qu'à la date de l'ajournement. A vrai dire, le désistant est désarmé ; le délai à lui imparti pour saisir le juge du second degré étant écoulé, il ne peut plus renouveler son appel et le jugement attaqué n'étant plus valablement contesté acquiert force de chose jugée.

Cette conséquence, d'un intérêt capital pour l'appelant, fait du désistement d'appel un acte plus grave que le simple désistement d'instance.

L'existence de l'action, le droit lui-même sont en jeu ; il devient alors compréhensible qu'en appel on hésite à permettre de se désister de la même manière qu'en première instance, qu'il faille une capacité plus étendue, que l'on conteste le droit de le faire en certaines matières, etc. ; en un mot qu'on y rencontre des particularités dignes d'être examinées attentivement.

Ce sont elles qui font l'attrait de notre étude et nous ont incité à l'entreprendre.

Mais en touchant au fond du droit, le désistement d'appel semble perdre son caractère de pur acte de procédure pour se rapprocher des actes de disposition ; à tel point que dans diverses circonstances, notamment quand il s'est agi de la capacité, des formalités à accomplir par le représentant de l'incapable pour se désister, on a voulu suppléer au silence du Code en le soumettant aux règles qui régissent la transaction et l'acquiescement.

Il importe dès maintenant, d'examiner dans une brève comparaison ces différents contrats pour mettre en lumière leurs caractères essentiels et éviter dorénavant toute confusion.

La jurisprudence a toujours considéré comme un acquiescement le désistement d'appel intervenant après l'expiration des délais légaux accordés pour interjeter cette voie de recours (1).

1. Caen, 15 décembre 1826. D. 27. 2. 95 ; S. 27. 2. 190. — Douai, 8 dé-

Une pareille assimilation faite par des praticiens est logique, mais juridiquement elle doit être évitée.

M. Bodart, dans une étude de l'acquiescement (1), s'aperçut de la ténuité des liens qui le liaient au désistement d'appel et entreprit de les rompre. Les motifs qu'il invoqua ne nous paraissent pas péremptoires.

« Le désistement d'appel, écrit-il, même s'il intervient après l'expiration du délai d'appel n'est pas un acquiescement proprement dit. En effet, si les voies de recours ne sont plus possibles, ce n'est pas directement à raison de cet acte, mais à raison de l'expiration des délais pendant lesquels elles sont ouvertes.

Il ne peut s'agir ici de l'acquiescement de droit, c'est-à-dire du contrat par lequel la partie condamnée renonce volontairement à l'exercice des voies de recours. On peut objecter que cette situation a été créée par la volonté de l'appelant, il n'avait qu'à ne pas se désister de son appel. Sans doute, mais l'impossibilité d'user désormais de son appel ne résulte que d'une façon indirecte du désistement de l'appelant, elle résulte directement de l'expiration du délai. Et la preuve, c'est que, n'eût-il pas eu l'intention d'acquiescer ou ne se fût-il désisté que dans la croyance que son désistement n'emporterait pas acquiescement ou eût-il fait des réserves pour éviter l'acquiescement, rien de tout cela ne lui

cembre 1858. D. 59.2.101. — Limoges, 27 mars 1895. S. 96.2.175 ; D. 97.2.374. — Cass., 22 mars 1897. S. 97. 1. 309.

1. Bodart. *De l'acquiescement*. Thèse, Paris, 1897.

serait une sauvegarde, il serait quand même frappé de la déchéance résultant de l'expiration du délai et s'il résultait de cette déchéance une situation de fait semblable à l'acquiescement, on ne peut pas dire que ce soit l'acquiescement contrat tel que nous l'avons défini. »

Nous répondrons à ces arguments, qu'ainsi posée, la question est mal présentée,

Pour M. Bodart, l'action est perdue parce que le délai de deux mois est expiré et non par suite du désistement, donc il n'y a pas acquiescement.

Evidemment, l'expiration de ce délai empêche l'appel d'être renouvelé, mais cette considération ne doit pas entrer en cause, l'appelant a dû la prévoir et en tenir compte pour prendre sa détermination ; il a dû savoir que s'il se désistait, il perdrait son action, que le premier jugement aurait force de chose jugée et son désistement n'est qu'un moyen de manifester son intention de tenir pour bonne la sentence rendue.

Afin de justifier sa manière de voir, l'auteur imagine un plaideur, accomplissant un acte grave comme le désistement d'appel, sans chercher à en prévoir les conséquences ou faisant des réserves qu'il sait inutiles. Est-il possible d'en trouver ? ce n'est guère vraisemblable.

Ce n'est donc pas parce que l'action est perdue en raison de l'expiration du délai de deux mois, que le désistement d'appel n'est pas un acquiescement.

Non ! ce qui les différencie, c'est que le désistement est moins qu'un acquiescement. Qu'il soit proposé en

appel ou en première instance, avant tout, le désistement est un acte négatif qu'on ne rencontre jamais qu'au cours d'un procès.

En se désistant, l'appelant renonce à ses prétentions et propose uniquement d'abandonner l'instance. Cette désertion en appeléquivautsouvent à une reconnaissance des droits de l'adversaire, à un acquiescement, mais si pratiquement on peut la considérer comme telle, théoriquement il faut s'en abstenir, car il n'est pas évident que cette interprétation de volonté soit exacte. Ce qui est notoire, c'est que l'appelant se retire, mais il est téméraire d'inférer de cette abdication qu'il reconnaît la légitimité des arguments de son contradicteur, il avoue seulement que les siens sont impuissants à prouver son bon droit.

L'acquiescement au contraire est un acte affirmatif par lequel on reconnaît fondée la demande de son contradicteur. Se soumettre à ses prétentions, voilà le fait de l'acquiesçant et l'on voit aisément que cet acte peut être extra-judiciaire.

Cette différenciation un peu subtile, par l'analyse de leur fonctionnement, de deux actes qui aboutissent au même résultat, nous amène à dire que de la part de l'appelant il ne peut être question d'acquiescement.

Un acquiescement direct se conçoit en première instance de la part du défendeur avant le jugement ; après la sentence il se justifie comme renonciation de la partie condamnée à user des voies de recours, mais en

appel il est inimaginable venant de l'appelant. Il ne faut pas oublier que, dans les limites où il a été interjeté, l'appel a tout remis en cause, la première instance étant considérée comme virtuellement anéantie. Dans ces nouveaux débats, il est possible qu'un acquiescement intervienne mettant fin au procès, mais il ne peut sortir que de la bouche de l'intimé faisant droit aux conclusions de l'appelant. Celui-ci n'a qu'un moyen sûr de renoncer au combat, c'est de se désister. Mais il n'est pas défendu de penser que ce désistement, plus tard, pourra équivaloir à un acquiescement, ce sera lorsqu'il aura été accepté par l'intimé ; l'appel n'étant plus renouvelable, la première décision recevra de ce fait autorité de chose jugée et les parties se retrouveront dans la même situation que si l'appelant n'avait pas appelé. Pour que ce résultat se produise, il est donc nécessaire que le désistement soit accepté. Nous touchons ici à une condition de validité du désistement qui contribue à son tour à le distinguer de l'acquiescement.

Le désistement doit être accepté, parce qu'il intéresse surtout l'instance et que l'instance appartient également aux parties. Si cette condition n'est pas imposée pour la validité de l'acquiescement, la raison en est simple : c'est que, dans les circonstances où il intervient, avant le jugement de première instance ou après lui, mais avant l'appel, l'acquiescement met incontestablement fin au litige dès qu'il est exprimé. Que demandait l'adversaire

de celui qui acquiesce ? le triomphe de ses prétentions ; il l'obtient. La demande n'avait de raison d'être que parce que sa légitimité était contestée ; satisfaction ayant été donnée, la raison du procès disparaît. Dans une telle opération, il n'y a pas de place pour une acceptation ; le fait d'introduire une demande est par lui-même l'acceptation de tout ce qui y fait droit ; d'ailleurs le mot acquiescement dit suffisamment qu'il n'attend pas de réponse puisqu'il en est une.

Cette particularité de l'acquiescement nous en explique une autre, c'est qu'à la différence du désistement il ne peut être rétracté. Celui qui acquiesce apporte l'élément qui manquait pour la formation du contrat ; dès qu'il a manifesté sa volonté il se trouve lié irrévocablement parce que la convention est conclue définitivement. Il n'en va pas de même du désistement, celui-ci est une offre, l'offre d'abandonner les débats sans attendre la décision de la justice ; cette offre ne peut produire d'effet tant qu'elle n'a pas été acceptée et jusqu'à ce moment elle peut être révoquée.

Les principes généraux qui régissent les contrats ne font que recevoir ici leur stricte application.

Le désistement d'appel est donc un acte très voisin de l'acquiescement, il en est le préliminaire si l'on veut, mais il n'est pas permis de les identifier. Cette parenté néanmoins était utile à signaler et nous aurons fréquemment l'occasion d'y faire allusion.

L'acquiescement n'est pas le seul acte qui puisse être rapproché du désistement et confondu avec lui.

Il arrive parfois, que des plaideurs mettent fin à leur désaccord en transigeant, de là à voir une transaction dans certains désistements d'appel, il n'y a qu'un pas qui fut rapidement franchi (1).

Cette manière de voir avait surtout pour but d'exiger un supplément de formalités dans les instances où des incapables ou des mandataires sont appelés à donner un désistement portant sur le fond du droit. Il est facile de montrer que le désistement n'a rien de commun avec la transaction.

Celle-ci possède un champ d'application plus vaste que le désistement. Tandis que ce dernier se borne à anéantir une instance; elle s'emploie fréquemment en dehors du palais, il n'est pas indispensable pour son fonctionnement que la contestation qu'elle a pour but de trancher fasse l'objet d'un procès, plutôt que de plaider, les particuliers préfèrent souvent transiger, la transaction prévient les procès aussi bien qu'elle les fait cesser. De plus, la transaction se distingue nettement des autres modes de désertion la barre en ce que les parties s'y font des concessions réciproques; et elles y consentent d'autant plus volontiers, qu'elles éprouvent chacune des doutes plus sérieux sur la légitimité de

1. Colmar, 26 janvier 1854. S. 54. 2. 505; D. 55. 2. 176.
Cassation, 23 février 1885. S. 85. 1. 367; D. 85. 1. 284.

leurs prétentions. En transigeant, les contractants avouent aimer mieux renoncer à des droits incertains que de risquer les frais d'une condamnation.

Le désistement n'apparaît pas du tout sous cet aspect. Celui qui se désiste au contraire ne le fait qu'à son corps défendant, il n'abandonne la partie qu'après avoir épuisé tous les moyens susceptibles de lui donner gain de cause et reconnu leur inutilité.

La situation n'est plus la même, le désistant est un combattant qui bat en retraite, ceux qui transigent sont des plaideurs prudents pour qui l'issue du procès est douteuse et qui regrettent de n'avoir pas été animés plus tôt d'un sage esprit de conciliation.

Il faut également repousser l'opinion qui voit dans le désistement d'appel une aliénation. Aliéner ne consiste pas seulement, comme le dit un arrêt qui établit un parallèle entre l'aliénation, l'acquiescement et la transaction (1), à abandonner un droit certain, car rien n'est plus fréquent que l'aliénation de droits conditionnels, par exemple la cession de droits litigieux. Aliéner c'est faire passer un droit d'un patrimoine dans un autre, or celui qui se désiste n'enrichit nullement son adversaire, il reconnaît son erreur d'avoir saisi la justice et propose d'arrêter la procédure.

Il y a aussi quelques points communs entre le désistement d'appel et la péremption d'instance ; le principal,

1. Pau, 15 juillet 1865. S. 66. 2. 278 ; D. 68. 1. 27

c'est que tous deux arrêtent définitivement les débats, mais si le désistement suppose la volonté expresse ou sous-entendue de la partie pour produire ses effets, la péremption fonctionne automatiquement, elle est une institution soustraite à la volonté des plaideurs, en ce sens qu'elle est une déchéance instituée dans l'intérêt de l'ordre public et que tous s'y trouvent soumis, les incapables comme les personnes *sui juris*. D'ailleurs, il ne saurait jaillir de leur étude simultanée quelque conséquence qui nous intéresse, la plus importante conclusion qu'on en ait tirée, étant de faire de la péremption un succédané du désistement. Ces divers rapprochements nous permettent de mieux dégager la vraie nature du désistement d'appel.

S'il ne porte que sur l'instance, rien ne le distingue du désistement ordinaire. L'appel peut être renouvelé tant que l'appelant se trouve dans les délais légaux et son fonctionnement n'est soumis qu'aux règles du désistement d'instance.

S'il touche au fond du droit, parce que l'appel n'est plus renouvelable, il se rapproche alors de l'acquiescement. Celui qui se désiste, par le fait de se retirer, fait revivre le jugement dont est appel et consent à son exécution ; il acquiesce donc évidemment, mais cet acquiescement n'est que la conséquence de son désistement. Comme le disait fort bien Cayron au début du *xvii^e* siècle : « l'acquiescement présuppose en appel le

désistement » celui-ci en est le préliminaire, il ne se confond pas avec lui.

Le désistement d'appel, les délais d'appel écoulés, ne change donc pas de nature et reste bien un désistement ; seulement en raison des règles propres à l'appel (art. 443 et 444, C. proc. civ.), pratiquement le désistement suppose un acquiescement tacite.

CHAPITRE II

HISTORIQUE

Le désistement d'appel ne semble pas avoir beaucoup retenu l'attention des jurisconsultes d'autrefois.

On sait que jusqu'au XVIII^e siècle, ceux-ci s'occupèrent surtout de relever des arrêts qu'ils classaient sous une rubrique et accompagnaient d'annotations avec de copieux renvois à des commentaires de textes latins.

C'est dans ces recueils, styles et dictionnaires remplis de solutions d'espèces souvent très embarrassantes par leurs contradictions, qu'ils mentionnèrent quelques règles de droit auxquelles le désistement d'appel était alors soumis ; et que nous avons, pour la plupart, glané les courtes notions historiques qui sont au seuil de notre étude.

Il est aisé de comprendre qu'avec de pareils matériaux, un aperçu du fonctionnement du désistement d'appel sous le régime des ordonnances risque fort d'être incomplet.

Le désistement d'appel est un acte de procédure que

nos anciens juristes ont emprunté au droit romain ; mais à l'opposé d'autres institutions juridiques que les jurisconsultes romains avec une grande habileté et un esprit déductif remarquable surent assouplir aux mille besoins de la pratique, le désistement resta cantonné dans les fonctions qui lui furent tout d'abord attribuées.

Les Romains n'usèrent pas du désistement en droit privé ; les textes qui en font mention n'ont trait qu'à la procédure criminelle.

Ulpien définit ainsi le désistement : « Destitisse is videtur non qui distulit sed qui liti renuntiavit in totum, desistere enim est de negotio abstinere quod calumniandi anima instituerat. » L. XXI ff de minoribus, l. X de judiciis.

Le jurisconsulte Paul ne dit pas autre chose : « Destitisse eum accipiemus qui in totum animum agendi deposuit, non qui distulit accusationem. L. XIII ff ad senatusconsultum Turpillianum ».

Ces deux citations nous indiquent avec précision sous quelle forme les Romains comprenaient le désistement, ils ne qualifiaient pas désistement l'abandon de l'instance, ne se désistait que celui qui renonçait entièrement à son action et le désistement n'intervenait que dans les procès criminels.

Le sénatus-consulte Turpillien déclarait infâme non seulement celui qui portait une accusation calomnieuse, mais encore celui qui se désistait d'une action intentée.

Pour être soumis à l'infamie, il fallait donc que l'accusateur ait à jamais renoncé à poursuivre, de sorte qu'il ne lui fut plus permis de renouveler l'accusation : « qui destiterit agere amplius est accusare prohibetur ». Ce mot *desistere* avait donc dans la législation romaine un sens tout spécial (1).

L'étude du droit romain fit accorder chez nous droit de cité au désistement et il en fut fait usage tant en droit civil qu'en droit criminel.

Peut-être encore plus souvent qu'à notre époque ; un plaideur, dans l'ancien droit, ne formait appel que pour retarder l'exécution de la sentence qui l'avait condamné ; aussi une ordonnance de Charles V, du 18 novembre 1365, imposa-t-elle une amende de 60 sols parisis à l'appelant qui renonçait à son appel (2).

Mais à partir du xvi^e siècle, les frais de procédure commencèrent à être élevés, les plaideurs se ruinaient facilement ; le principal but du désistement fut de permettre à l'appelant d'abandonner une instance onéreuse

1. Boncenne. *Théorie de la procédure civile*, t. V, p. 671.

2. Que toutes les parties qui appelleront de si en avant de vous ou d'aucuns des autres desudiz baillis et juges séculiers, dont les appellations viennent sans moyen, en nostre parlement comme on dit est, et renonceront à leur appel dedans huit jours après l'appellation faite, soient nobles ou autres de quelconques estat ou condiction qu'ils soient pour chascune appellation qui feront et renonceront, que chieient en amende de 60 solz parisis, laquelle amende et peine tantost ce estre commise, levée et exigée par ceulx à qui il appartiendra sur celui ou ceulx qui appelleront et renonceront comme dit est dessus. Isambert. *Recueil général des anciennes lois françaises*.

et Louis XII dans une ordonnance de juin 1510 article 31 supprima l'amende. « Toutes nos anciennes ordonnances, dit Prost de Royer (1), attestent les précautions de nos rois pour empêcher les parties de se ruiner par des appels téméraires, en effet ils cherchaient à les prévenir, en assujettissant à diverses formalités les acquiescements qui n'étaient donnés qu'après qu'on les avait interjetés. C'est l'objet de l'édit de Charles VII de 1453 article 18, de Louis XII, articles 31 et 55, ordonnance de 1510 ; de François I^{er} de 1528, articles 14 et 15. »

Cette attention du souverain pour la fortune de ses sujets n'était pas aussi désintéressée que pourrait le laisser croire la lecture de Prost de Royer, et les formalités auxquelles étaient soumis les acquiescements paraissent avoir été surtout, une autre occasion de canaliser vers les caisses royales un peu de l'argent des plaideurs. Il fallait prendre des lettres d'acquiescement, ajoute Prost de Royer.

L'appelant avait huit jours pour renoncer à son appel sans payer l'amende (2).

A ce propos Boutillier est moins laconique que les autres juristes, il n'oublie pas de souligner la différence

1. Prost de Royer. *Dictionnaire de jurisprudence et arrêts*, V^o Acquiescement.

2. Imbert. *Pratique annotée par Pierre Guénoys*. Livre II, chap. XIII, p. 522 et s. — Papon. *Recueil d'arrêts notables*. Livre XIX de renonciation d'appel, p. 1089.

qui existait en cette matière entre les pays de coutumes et les pays de droit écrit. « Si scachez que depuis le jour que l'appellation se fera, d'aucun juge qui renoncer y veut, faire le convient dedans le huitième jour selon les coutumes de plusieurs lieux. Mais selon raison escrete, il doit être renoncé dedans dix jours après le jour de l'appellation, et si plus de temps était attendu, à tard y serait renoncé et conviendrait relever l'appel ou en déchoir.

« Et peuz sçavoir que selon les sages et la constitution de Parlement, quiconques attendent de appeler au huictiesme ou dixiesme jour, depuis le jour de la sentence rendue et sur ce ait conseil depuis l'appel a renoncer : scachez que à la renonciation faire a autant de jours comme il a eu à l'appellation faire, tellement qu'il a deux huictiesmes ou deux X de renoncer l'appel : c'est a sçavoir deue VIII j. à renoncer au pays où on à VIII j. à appeler et deue X où on à X j. à appeler » (1).

Papon nous apprend que le délai de huit jours devait s'entendre *lato sensu* et que le désistement fait le neuvième jour était encore valable : « La renonciation vaut, dit-il, si elle est faite le neufiesme jour, à prendre du jour de son appel, qui n'est pas compté ; comme fut jugé par arrêt de Paris du 16 juillet 1520 » (2).

Le désistement devait être fait au lieu où l'appel avait

1. Jehan Boutillier, *Somme rurale*, livre I, titre XX.

2. Papon, *id.*

été interjeté (1). Il n'était point nécessaire d'en faire part à l'intimé, c'était à lui à s'inquiéter du sort que l'appelant réservait à son appel et si dans l'ignorance de cette renonciation, l'intimé anticipait, c'est-à-dire assignait l'appelant à bref délai, demandait jugement avant les termes fixés par la loi, il était condamné aux dépens.

Mais quand l'appel avait été interjeté par devant sergent ou notaire ou interjeté au greffe et délaissé devant un sergent, l'appelant devait signifier son désistement à l'adversaire dans la huitaine. La signification était même obligatoire si deux personnes étaient compromises à l'exercice du greffe, l'appel avait été interjeté devant l'une et délaissé devant l'autre (2).

Le défaut de signification entraînait, sur la requête de l'intimé, la déclaration de désertion d'appel et la condamnation de l'appelant à l'amende qui la sanctionnait (3).

Une signification, passée la huitaine, pouvait avoir

1. Ordonnance de Montilz les Tours 1453 : quand aucun aura appelé d'aucun juge, que celui qui aura appelé puisse dedans huit jours après prochain ensuyvans renoncer à sa dicte appellation et qu'il aille par devers le juge de qui il aura appelé ou le greffier de la cour d'icelui juge et se délaïsse de sa dicte appellation, lequel delay soit enregistré es registres du greffier et s'il advenait que le juge ou greffiers s'absentast du lieu où la sentence ou jugement dont aura esté appelé, aura esté donnée icelui juge ou greffier seront tenus de laisser personnes audit lieu. Isambert.

2. Imbert, déjà cité.

3. Arrêt, Paris, dernier jour de mai 1390, dans Papon, déjà cité.

des conséquences fâcheuses, car les huit jours écoulés, l'intimé avait le droit « d'envoyer quérir lettres royaux d'anticipation » aux frais de l'appelant « lesquelles luy conviendraient payer tant le mémoire que le voyage et outre la consultation qu'il aurait fait pour savoir s'il avait matière de soutenir l'appointement duquel avait été appelé » (1).

La signification devait être faite à la partie elle-même et à son procureur, mais une signification au seul procureur n'aurait pas suffi.

L'appelant pouvait renoncer à son appel jusqu'à ce qu'il l'eût relevé, mais le procureur qui avait mandat d'appeler n'avait pas pouvoir de délaisser l'appel. Imbert cependant mentionne un arrêt rapporté par maître Jean le Coq (2) où le droit de se désister d'un appel lui fut reconnu pendant la huitaine.

La huitaine passée, il fallait pour se désister obtenir de la chancellerie des lettres royaux. « Et peut-on obtenir lesdites lettres dedans les trois mois qu'on a pour relever en la Cour de Parlement ou dedans les grandes assises des autres juges inférieurs et qu'on a esté anticipé » (3).

Mais Claude Fleury qui écrivit à la même époque, tient un langage un peu différent de celui d'Imbert, il

1. Imbert, *idem*.

2. Stille de la Cour du Parlement, question 159.

3. Imbert, déjà cité. Prost de Royer, dans son *dictionnaire*, rapporte un arrêt du Parlement d'Aix du 13 décembre 1748, considérant comme nul un désistement donné sans lettres royaux la huitaine passée.

semble dire qu'à la fin du xvii^e siècle ces formalités n'étaient plus en usage. « Autrefois on prenait des lettres quand on avait laissé passer la huitaine d'après l'acte d'appel et que l'on était dans le temps de pouvoir être anticipé » (1).

Au début du xvii^e siècle, Cayron faisait du désistement en appel le préliminaire obligatoire de tout acquiescement. « Tout acquiescement présuppose ou requiert désistement. Celui qui acquiesce au jugement dont est appel, dit-il, doit auparavant se désister de cette voie de recours et en ce cas il faut que le désistement se fasse au greffe civil de la Cour entre les procureurs des parties ou du parquet devant messieurs les gens du roi, de l'avis desquels l'appellation sera mise au néant avec ou sans condamnation de dépens. Si les parties en sont d'accord et que lesdits sieurs n'en puissent prétendre confiscation ou esmande (2).

Notons enfin que le désistement d'appel devait être homologué « L'appelant, après qu'il s'est désisté de son appel, dit Imbert, doit faire bailler adjournement à sa partie adverse pour venir procéder. Car en ce faisant, il évite les dépens de l'adjournement. »

Ces règles que nous venons de réunir et auxquelles était soumis le désistement d'appel sont par elles-mêmes

1. Claude Fleury, *Institution au droit français* publié par Edouard Laboulaye et Rodolphe, titre H, chap. IV.

2. Cayron, *Style de procédure*, l. III, tit. XII.

d'un assez mince intérêt, elles ne font que contribuer à mettre en lumière l'esprit de fiscalité qui dominait l'ancien régime, en procédure.

Nous avons cherché en vain quelques détails sur la nature du désistement ou ses effets sur le fond du droit.

Nulle part, nous ne voyons percer l'hypothèse de désistements portant simplement sur l'instance, et d'autre part tout ce que nous avons lu sur le désistement n'avait trait qu'au désistement d'appel.

N'était-il donc pas employé devant les juridictions inférieures ? Nous n'osons l'affirmer, nos anciens jurisconsultes ayant si peu écrit sur le désistement.

CHAPITRE III

MATIÈRES SUSCEPTIBLES DE DÉSISTEMENT D'APPEL

Les articles 402 et 403 du Code de procédure civile, mentionnent seulement les principaux effets du désistement et sous quelle forme il peut être donné, mais leur lecture ne nous apprend rien des matières qui en sont susceptibles.

Le silence du législateur nous invite à recourir aux principes généraux.

Posant comme point de départ que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis, nous en concluons que les intéressés peuvent se désister en toutes matières.

Ce raisonnement un peu rapide et simpliste aurait eu quelques chances de triompher, s'il n'avait été considéré comme paralysé ici par un autre principe également général inséré dans l'article 1128 du Code civil : il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. De cette maxime, on a conclu que les conventions sont interdites sur les matières qui touchent à l'ordre public.

Le désistement étant un contrat ne saurait faire exception.

De nombreux arrêts s'autorisant de cette idée, proclament à l'envi le désistement prohibé dans les matières qui intéressent l'ordre public (1).

Ce cliché se retrouve dans tous leurs attendus ; il figure en tête des motifs et il apparaît aux juges d'une vérité si indiscutable qu'ils se dispensent parfois d'appuyer leur sentence d'autres arguments.

Malgré la quasi-unanimité d'une jurisprudence presque séculaire, nous nous permettrons d'être d'un avis opposé.

Nous admettrons comme règle la possibilité du désistement d'appel en matière d'ordre public, et des cas où il sera prohibé nous ferons des exceptions.

Avant d'essayer de justifier notre manière de voir, il nous semble nécessaire de préciser ce que c'est que l'ordre public, car les arrêts abusant de l'expression lui ont donné trop d'extension et surtout lui ont attribué des effets trop absolus qui restreignent plus qu'il ne faudrait la liberté des conventions (2).

1. Lyon, 14 juillet 1853. D. 54. 2. 33 ; S. 53. 2. 618. — Douai, 8 décembre 1858. D. 59. 2. 101. — Nancy, 15 juin 1865. D. 66. 2. 142 ; S. 66. 2. 151. — Nîmes, 25 janvier 1876. S. 77. 2. 294 ; D. 77. 2. 187. — Cass. requête, 13 novembre 1883. D. 84. 1. 103 ; S. 84. 1. 328. — Caen, 27 décembre 1899. D. 1900. 2. 161 ; S. 1902. 2. 89 et la note de M. A. Tissier.

2. Voir dans le Dalloz et le Sirey, l'arrêt précité de Caen, 27 décembre 1899 ainsi que les notes de MM. Tissier et Biville

Nous nous élevons, avec M. Pilon (1), contre la doctrine qui déclare toutes les lois d'ordre public (2).

Cette opinion intransigeante ne peut soutenir un examen sérieux, elle est notamment contredite par l'article 6 du Code civil qui, par le fait de prohiber toutes dérogations « par des conventions particulières aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs », laisse supposer l'existence de lois ne touchant pas à l'ordre public ; ainsi il est manifeste que la majeure partie des dispositions concernant les contrats sont de pur intérêt privé : par exemple on ne voit pas en quoi la violation de l'article 2127 du Code civil, qui prescrit de passer par devant notaires le contrat d'hypothèque, porterait atteinte à l'ordre public ?

Voici la définition de M. Pilon : l'ordre public est un ensemble de règles destinées à assurer dans un état donné la conservation de l'ordre public, économique et social.

Cette formule, qui nous a plu davantage entre mille autres, ne nous satisfait pas cependant entièrement ; elle est un peu obscure, elle ne laisse qu'entrevoir la réalité, nous la voudrions rédigée en d'autres termes, dire que l'ordre public est un ensemble de règles destinées à assurer la conservation de l'ordre public, ce n'est pas une définition, c'est une pétition de principe.

1. Pilon, note sous Cass., 4 novembre 1901. S. 1903. I. 273 ; D. 1902. I. 185.

2. De Vareilles-Sommières. *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, n° 1 et suiv.

L'ordre public n'est pas une cause, il est un effet, un résultat.

Nous préférons définir l'ordre public . un état de choses, un *modus vivendi* résultant de l'ensemble des institutions politiques, économiques et sociales d'un état, et les textes des lois qui les consacrent et assurent leur conservation sont des dispositions d'ordre public.

Celles-ci sont à la base des sociétés et la condition de leur vitalité ; plus est grande la vitalité d'un Etat, plus sont nombreuses les dispositions d'ordre public, leur quantité est en raison directe du degré de civilisation.

De cette façon, d'envisager l'ordre public, nous dégagerons facilement le caractère distinctif de la disposition d'ordre public : c'est qu'elle a davantage pour but de pourvoir à un intérêt général ou de le sauvegarder que de satisfaire un intérêt privé.

Il est traditionnel, en doctrine et en jurisprudence, de considérer les lois de droit privé qui règlent l'état et la capacité des personnes, celles qui organisent la propriété comme étant d'ordre public.

Mais là s'arrête la constatation, et sans plus ample analyse, on les déclare intangibles en interdisant aux particuliers d'en faire l'objet de leurs conventions (1).

1. Cass., 24 novembre 1874. S. 75. 1. 83 ; D. 75. 1. 63. — Cass., 15 nov. 1881. S. 82. 2. 167 ; D. 82. 1. 467. — Cass., 10 juin 1888 ; S. 88. 1. 300 ; D. 87. 1. 281. — Cass., 3 mars 1902. S. 1902. 1. 167 ; D. 1903. 1. 81.

Ce raisonnement superficiel conduit à des contradictions.

On permet à l'époux, qui a interjeté appel de la sentence refusant de prononcer le divorce entre lui et son conjoint, de se désister ; cela semble logique, parce que normalement ce désistement est un signe de réconciliation. En ce faisant, on reconnaît aux conjoints le droit de contracter sur une matière intéressant l'ordre public, mais tout aussitôt on leur dénie le droit de se désister si le jugement de première instance a prononcé le divorce. C'est, dit-on, entre autres choses, que la réconciliation des époux est infiniment désirable, tandis que la dissolution du mariage est un événement toujours fâcheux, intéressant l'ordre public, et qu'en une telle conjoncture, la cour d'appel ne peut être dessaisie de la connaissance d'une affaire qui doit être entourée des plus sérieuses garanties.

Que ces considérations soient légitimes, nous n'en doutons pas, mais il n'en est pas moins vrai que, dans le premier cas, les arrêts font fléchir la règle de l'impossibilité de contracter sur une matière d'ordre public, tandis qu'ils l'appliquent strictement dans l'autre. La raison de cette contradiction est très visible, elle vient de ce que l'on met sur le même plan toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Or, c'est ce qu'il faut éviter.

Nous allons le montrer par un exemple, en prenant

comme termes de comparaison le divorce et le compétence absolue.

Lorsqu'il s'agit du premier, ce qui est interdit, c'est de divorcer par consentement mutuel, c'est de vouloir changer d'état et de capacité sans souffrir l'intervention des tribunaux ; mais dès que cet intérêt public n'est plus en cause, que l'intérêt privé seul subsiste, de quelle règle juridique pourrait-on se réclamer, afin d'empêcher les parties de prendre pour objet de leur convention une matière dite d'ordre public ? Ce n'est pas de l'article 1128 du Code civil, car cet article n'est qu'une application de l'article 6 du Code civil et nous allons voir bientôt quel est le sens vrai de ce dernier. Il n'y en a donc aucune.

Toute autre apparaît la question de compétence.

Supposons une cour d'appel saisie d'un procès portant sur un cas de compétence absolue ; le tribunal de première instance s'est déclaré compétent, le défendeur a interjeté appel ; admettra-t-on que l'appelant, reconnaissant son erreur et voulant éviter des frais, puisse se désister valablement ?

Non, la cour saisie d'une question de compétence absolue doit la trancher, il est de l'intérêt général que ce point soit vidé. L'intérêt des particuliers n'est plus uniquement en jeu ; il serait sans conséquence de ne pas les faire figurer dans la procédure ; ce qu'il importe, c'est de faire respecter les lois qui régissent l'organisation judiciaire.

Le divorce et la compétence absolue ne sont donc pas des questions d'ordre public au même titre, le premier s'il est d'ordre public en ce sens qu'il ne puisse être prononcé que par le juge, n'a pour but que de faire face à un intérêt privé, le second n'a trait qu'à une question d'intérêt général.

C'est pourquoi nous proposons de diviser les matières d'ordre public en deux séries parfaitement distinctes : celles où l'intérêt privé n'a rien à faire et celle où il est en jeu.

Dans la première, tout désistement d'appel sera formellement interdit, tandis que dans la seconde, dès que l'ordre public ne sera plus en cause, les parties pourront contracter aussi facilement que sur toute autre matière.

M. Garsonnet, l'a dit nettement à propos de l'acquiescement (1) : « Il faut distinguer, suivant que l'acquiescement donné au jugement rendu en matière d'ordre public a ou n'a pas pour résultat de créer par consentement mutuel, une situation que la loi a entendu placer en dehors et au-dessus des conventions des parties... »

Qu'on ne nous oppose pas l'article 6 du Code civil. Cet article ne défend pas aux parties de conclure une convention sur une matière d'ordre public, mais de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public. Précisément parce que la justice est

1. Garsonnet, t. VI, 2^e édition, § 2.565, p. 799.

déjà intervenue, qu'elle a donné son opinion, l'ordre public n'a rien à redouter, les plaideurs qui prennent pour base de leur accord, la décision des juges ne peuvent faire une convention ni surtout créer une situation contraire à l'ordre public. La situation dernière est l'œuvre du tribunal et le désistement n'en est que l'acceptation.

En examinant les différentes matières d'ordre public où l'intérêt privé est à considérer, et sur lesquelles les cours d'appel ont été appelées à statuer, nous allons constater que notre système ne compte guère de partisans. Les opinions les plus diverses ont été émises et ont trouvé des défenseurs dans plusieurs cours, mais faute d'une idée directrice admise par tous la plus grande confusion règne encore.

§ 1. — *Divorce*

La possibilité de se désister de l'appel d'un jugement prononçant le divorce, alors que ce désistement produit les effets de l'acquiescement, a été autrefois l'objet de nombreuses controverses. Des jurisconsultes éminents penchaient pour l'affirmative bien que le plus grand nombre y fut opposé et la jurisprudence, très partagée, n'arrivait pas à trouver un terrain d'entente : une cour avait-elle rendu une sentence basée sur un raisonnement qu'elle estimait irréfutable, une seconde jugeait

diversement, non en la combattant, mais en lui opposant une argumentation non moins probante.

On pensa un moment, que la loi du 18 avril 1886, en décidant que le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement (art. 249 du C. civ.), allait mettre fin aux discussions ; il n'en fut rien. Certains juristes veulent l'écarter quand il s'agit du désistement et s'obstinent encore, avec raison selon nous, à admettre la validité du désistement d'appel en matière de divorce.

Pour donner un aperçu complet de la question, il nous faut d'abord l'examiner rapidement, telle qu'elle se présentait avant la loi du 18 avril 1886.

A cette époque, deux partis étaient nettement en présence.

Le premier disait : la volonté des particuliers ne saurait avoir pour résultat de créer un état de choses que la loi a voulu soustraire à leurs conventions. Le divorce est un de ceux-là. S'il était permis à l'appelant de se désister, le divorce serait le fruit de son accord avec l'intimé et rien n'est plus contraire à l'ordre public.

Or, il faut que l'ordre public soit sauvegardé et en pareil cas, la mission en incombe à la cour d'appel. Si elle se bornait à enregistrer l'accord des parties, elle abdiquerait son autorité. La cour a été saisie, elle doit statuer. L'acte d'appel a tout remis en question et la volonté des plaideurs est impuissante à trancher le différend dans le sens de la dissolution du mariage.

Mais, répondait-on, l'appelant pouvant laisser s'écouler les délais légaux pour interjeter appel sans le faire, peut également se désister d'une procédure qu'il ne tenait qu'à lui de ne pas faire naître.

Ce raisonnement est sans valeur, répliquaient les adversaires du désistement. Les délais et les déchéances, qui les sanctionnent, ont été institués par le législateur dans une pensée de sage administration judiciaire, l'ordre public pourrait être troublé du fait de la trop longue durée des procès et principalement l'incertitude sur les questions d'état et de capacité ne saurait durer indéfiniment. Dans l'établissement de ces déchéances et de ces forclusions, la volonté des parties n'a été l'objet d'aucune considération de la part du législateur et si elle agit, ce ne peut être que d'une manière indirecte et accessoire, dans le sens de la loi, mais jamais pour produire des effets contraires à ceux qu'elle désire voir se réaliser.

Il n'y a donc aucune assimilation à faire entre celui qui laisse écouler les délais légaux et celui qui ayant interjeté appel, se désiste les délais passés.

Le parti opposé prétendait, au contraire, que le désistement n'est pas interdit en matière de divorce, même quand ce désistement produit les effets de l'acquiescement.

Sans doute, disait Laurent (1), la matière tient à l'or-

1. Laurent. *Principes de droit civil*, t. III, n° 248.

dre public et ne peut être l'objet d'une transaction, mais il n'en est pas moins vrai que le divorce est tout au moins susceptible d'acquiescement tacite, puisque l'époux condamné peut, en n'exerçant aucun recours contre la décision qui a prononcé le divorce, lui laisser acquérir l'autorité de chose jugée. Or, si l'acquiescement tacite est valable, pourquoi l'acquiescement exprès serait-il nul ? Vainement objecterait-on que la loi prohibe le divorce par consentement mutuel, et que l'acquiescement donnerait au divorce le caractère de divorce volontaire, on oublie ainsi qu'il y a une décision qui a admise le divorce. »

Et cette décision est l'œuvre réfléchie et motivée du juge, dont la salutaire intervention offre les plus rassurantes garanties de sagesse et d'opportunité ; se désister de l'appel, c'est rendre hommage à la justice, c'est user d'un droit dont elle se plait par elle-même à encourager le libre et fréquent exercice, au lieu de l'entraver.

Ce raisonnement parut si péremptoire à quelques-uns, que même après la loi de 1886, ils jugèrent qu'il n'avait rien perdu de sa force (1).

Mais ce n'était pas là le seul grief que l'on formulait contre les adversaires du désistement.

Ces derniers prétendaient-ils que l'intérêt social exi-

1. Frémont. *Th. pratiq. de divorce*, n^{os} 331, 648 et s. — Goirand. *Tr. pratiq. de divorce*, p. 99. — Vraye et Gode. *Le divorce et la séparation de corps*, 1^{re} édit. t. I, p. 693. — Carpentier. *Tr. pratiq. du divorce*, n^o 186, p. 196.

geant que les litiges aient un terme, on ne pouvait pas s'autoriser de cette règle pour permettre l'acquiescement exprès ; on répondait : si l'intérêt social exige que les litiges aient un terme, il n'est pas douteux que le plaideur condamné qui n'appelle pas, n'est pas seulement forclos de par la loi, mais qu'il s'est forclos lui-même, il n'a pas appelé parce qu'il a trouvé à sa convenance la sentence rendue, donc il a acquiescé et il a manifesté sa volonté sur une matière touchant à l'ordre public (1).

Il y avait aussi un autre exemple, bien frappant, de l'efficacité de la volonté des parties en matière d'ordre public et que personne ne conteste. C'est le droit qu'a le demandeur en divorce de se désister de son action en première instance. Jamais on n'a pensé à soutenir que les juges devaient rendre leur décision malgré la réconciliation des époux.

Voilà où en était la doctrine, quand fut votée la loi du 18 avril 1886, qui décida que l'arrêt ou le jugement qui prononce le divorce, n'est pas susceptible d'acquiescement. (Art. 249, du C. civ.)

Cette loi produisit un effet opposé à celui qu'on attendait, car si elle statua sur la validité de l'acquiescement, elle resta muette sur le désistement et son silence ne fit que raviver les polémiques.

La jurisprudence n'a pas non plus fait faire un pas décisif à la question ; conformément à l'article 249 du

1. Sic : M. A. Tissier, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1898, t. XXVII, p. 597.

Code civil, elle juge que l'acquiescement du jugement prononçant le divorce est interdit (1), mais dès qu'il s'agit du désistement d'appel, elle hésite et les arrêts se contredisent.

Le plus ancien en date est un arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 1889 (1) qui décida que le juge saisi d'un appel régulièrement formé contre un jugement prononçant le divorce, a le droit et le devoir d'examiner le bien fondé de cette décision, alors même que l'appelant ne se présente pas pour soutenir sa demande.

La Cour applique l'article 249 du Code civil, mais la solution qu'elle donne manque d'autorité, parce qu'elle est trop générale, elle ne distingue pas suivant que l'appel est ou n'est pas renouvelable. La cour semble admettre que le désistement est prohibé dans les deux cas. Or, si on peut dire qu'il y a acquiescement quand les délais sont expirés, on ne saurait tenir ce langage, quand ils courent encore ; la même solution ne saurait logiquement être bonne pour deux situations différentes.

La Cour de Nancy suit docilement (2) la Cour de cassation ; mais à deux reprises différentes en 1895 et 1897, la cour de Rouen a jugé valable le désistement d'appel,

1. Caen, 19 février 1889. S. 90.2.217 ; D. 91.2.104. — Cass., 23 octobre 1889. S. 90.1.61 ; D. 90.1.397. *Contra* : Chambéry, 19 juillet 1887. D. 88.2.89. ; S. 90.2.217.

2. Nancy, 17 janvier 1891. S. 91.2.112 ; D. 92.2.56. — *Idem*, 12 février 1903. D. 1903.2.332 ; S. 1903.2.189.

tout au moins quand l'appelant est encore dans les délais voulus pour le renouveler (1).

« Attendu, dit-elle, que la disposition de l'article 249 du Code civil ne saurait être étendue par voie d'analogie au désistement ; que le législateur qui n'admet pas que le divorce ait lieu par consentement mutuel, a voulu interdire à la partie contre laquelle il a été prononcé de renoncer aux voies de recours qui lui sont ouvertes et de consentir à l'exécution immédiate du jugement ou de l'arrêt en y donnant son acquiescement et sans attendre l'expiration des délais légaux ; que le désistement différant en cela de l'acquiescement, laisse subsister le droit pour la partie qui s'est désistée d'un premier appel d'en former un nouveau tant que les délais ne sont pas expirés, et n'entraîne pas dès lors les conséquences que l'article 249 a pour but d'éviter. Attendu qu'il faut donc reconnaître qu'en matière de divorce, comme en toute autre matière, le désistement qui n'est prohibé par aucune disposition de loi doit être déclaré valable, etc. » (2).

Nous ne pouvons qu'approuver ces motifs, tout en

1. Rouen, 5 janvier 1895. S. 97. 2. 207 ; D. 95.2.495 et 30 janvier 1897. S. 97. 2. 239. *Sic* : Laurent, *Princip. de dr. civ.*, t. III, n. 248. — Huc, *Commentaires du C. civ.*, t. II, nos 386 et 387. — Depeiges, *Procédure du divorce et de la séparation de corps*, n. 110. — H. Coulon, *Divorce*, t. VI, p. 431. *Contra* : A. Tissier, *op.*, déjà cité. — Rapport du conseiller Féraud Giraud sous arrêt. Cass., 23 octobre 1889. déjà cité. — Curet, *Code du divorce*, no 238. — Garsonnet, 2^e édit, t. VI, § 2495, p. 661.

2. Rouen, 5 janvier 1895. D. 95.2.495 ; S. 97.2.207.

leur reprochant d'être encore trop timides. Nous sommes d'avis d'admettre le désistement d'appel à tout moment, même quand les délais légaux sont expirés, car l'article 249 est un texte exceptionnel et doit être interprété restrictivement.

En effet, la rédaction première de cet article, adoptée en première lecture par le Sénat (séance du 10 octobre 1885. *J. officiel* du 11, débats parlementaires, p. 1288) était différente de celle qui fut votée définitivement, elle disposait ainsi : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce, ne peut être exécuté qu'autant que par l'expiration intégrale des délais légaux, il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours de la part des parties. » Dans l'intervalle, entre les deux délibérations du Sénat, la commission modifia la rédaction de l'article 249 et sous sa forme actuelle, il a été voté sans discussion par le Sénat dans la séance du 22 décembre 1885 (*J. officiel* du 23, débats parlementaires, p. 1358), après que le rapporteur M. Labiche eut ainsi expliqué les motifs qui avaient amené la commission à apporter cette modification au texte de l'article 249. « C'est absolument ce que nous avons dit dans notre première rédaction, seulement quelques-uns de nos collègues ayant manifesté avec insistance leur préférence pour l'autre rédaction, comme cette nouvelle rédaction n'a pas d'inconvénient, nous l'avons adoptée afin de simplifier le débat.

La portée de l'article 249 n'était donc pas douteuse

dans l'esprit du législateur, et son champ d'application bien limité, les juges qui en cette matière assimilent le désistement d'appel à l'acquiescement prohibé par l'article 249 du Code civil, ne respectent pas sa pensée et font fausse route. Et il y a encore une autre raison de s'en tenir à la lettre de l'article 249 du Code civil, c'est qu'il est un texte exceptionnel.

Nos adversaires s'insurgent contre cette idée ; ils veulent rattacher l'article 249 à l'article 6 du Code civil et prétendent qu'en interdisant le divorce par consentement mutuel, il n'en est qu'une application particulière. L'article 6 y suffisait bien, et nous venons de voir, grâce à l'histoire, que jamais ce n'a été le but de l'article 249 du Code civil. Il ne veut qu'empêcher les parties de se fermer les voies de recours par un acquiescement prématuré.

Il n'y a donc pas de texte de loi qui, les délais des voies de recours écoulés, interdise de trouver bonne la sentence du juge prononçant le divorce. Le tribunal ayant statué, il nous semble qu'il ne peut plus y avoir de divorce par la volonté des parties et que l'ordre public est suffisamment à couvert.

Nous avons vu précédemment que la Cour de cassation avait assimilé le désistement d'appel à un acquiescement, et reconnu à la Cour le droit de statuer, malgré la retraite de l'appelant.

Nous nous élevons encore contre cette décision. La cour, dit-elle, saisie de l'appel d'un jugement pronon-

çant le divorce, doit toujours examiner si le divorce a été légalement déclaré.

Rien n'est moins certain. Certes, le divorce est une matière d'ordre public, mais nous savons que le désistement n'y est pas toujours impossible, puisque la loi l'appelle de tous ses vœux quand il a pour but la réconciliation des époux. La Cour doit veiller au maintien de l'ordre public, mais si ce dernier est intéressé à ce que l'état des personnes ne fasse pas l'objet de conventions contraires à la loi, il ne l'est pas à ce que les débats auxquels cet état donne lieu soient vidés. Par conséquent, si le juge n'est pas obligé de statuer quand les parties se réconcilient, il ne doit pas l'être davantage quand elles se désistent de l'appel d'un jugement qui avait dissous leur union ; il n'est pas permis d'acquiescer à ce jugement, parce que l'article 249 du Code civil l'interdit formellement, mais la faculté d'user du droit d'appel demeure purement personnelle aux plaideurs, d'où il suit que le désistement qui a pour but le non usage de l'exercice de ce droit est un fait privé.

En quoi l'ordre public sera-t-il troublé, si un mariage est rompu au lieu d'être maintenu ? La société n'a nul intérêt à ce que l'instance commencée soit poursuivie jusqu'au bout (1). Peu lui importe que deux personnes soient mariées ou divorcées ; elle n'est en droit d'exiger qu'une seule chose, c'est, puisque le divorce est permis,

1. Cf. Madier, journal *La Loi* du 4 avril 1886.

que les formes instituées pour la dissolution du mariage soient respectées.

En vain dira-t-on encore qu'autoriser le désistement, ce serait reconnaître aux parties le droit de transiger sur leur état, le désistement n'est pas une transaction ; la transaction repose sur des concessions réciproques que se font les contractants, dans le désistement, l'appelant et l'intimé ne se font aucune concession sur leur état, ils ne veulent rien changer aux effets légaux du divorce. Si le désistement était la conséquence d'une transaction, à coup sûr illicite, il serait certainement nul, mais c'est une circonstance qui ne peut être présumée.

Nous concluons donc, qu'il ne faut pas s'exagérer les conséquences du désistement, quand il y a impossibilité de renouveler l'appel, il équivaut purement et simplement à l'abstention d'exercer le droit d'appel.

Or, cette abstention est parfaitement légitime et légale.

En se désistant, l'appelant ne rétablit pas le divorce par consentement mutuel et il ne tombe pas sous le coup de l'article 249 du Code civil tel qu'il doit être interprété. L'appelant pouvait acquiescer tacitement au jugement en laissant expirer les délais légaux accordés pour interjeter appel, son désistement n'est pas autre chose que cet acquiescement et aucun texte de loi ne le lui défend.

§ 2. — *Séparation de corps*

Par sa nature et ses effets, la séparation de corps est intimement liée au divorce, et dans une étude sur le désistement nous aurions pu les examiner simultanément. Pour mettre plus de clarté dans notre exposé, nous avons préféré nous attarder davantage au divorce, quitte à y renvoyer le lecteur lorsqu'il y aura lieu de le faire.

Ici, comme en matière de divorce, nous trouvons deux théories bien précises et opposées, l'une favorable, l'autre hostile au désistement. A part quelques arguments spéciaux à la séparation de corps, les raisons de décider dans un sens ou dans un autre sont restées les mêmes, mais, chose étrange, ce sont les partisans du désistement qui ont triomphé cette fois en jurisprudence. Ce qui était considéré comme inadmissible pour le divorce est devenu logique pour la séparation de corps.

Dans la première moitié du *xix^e* siècle, la jurisprudence est flottante, les solutions varient avec les latitudes, et les arrêts qui repoussent expressément ou tacitement le désistement d'appel n'y sont pas rares (1).

1. Caen, 15 déc. 1826. D. 27. 2. 95 ; S. 27. 2. 190. — Colmar, 8 août 1833. S. 34. 2. 229. — Douai, 31 juillet 1847. S. 48. 2. 39. — Caen, 28 mars 1849. S. 50. 2. 503 ; D. 53. 5. 417. — *Sic.* Toullier, t. II, n° 760. — Duranton, t. II, n° 608. — Carré et Chauveau, t. IV, p. 27, quest. 1584 et t. VII, *suppl.*, p. 483, § 10. — Demolombe. *Traité du mariage*, t. II, n° 488. — Le Senne. *Traité de la séparation de corps*, p. 228, n° 364. — Garsonnet, t. VI, 2^e édit., § 2495, p. 661.

Ils s'autorisent des mêmes considérations que celles que l'on fait valoir pour interdire l'acquiescement au jugement prononçant le divorce.

Ils invoquent l'ordre public, prétendent qu'un pareil désistement serait une séparation volontaire interdite par l'article 307 du Code civil, et qu'on ne peut raisonnablement assimiler le désistement d'un appel au silence que la partie aurait gardé pendant le délai prescrit pour l'interjeter, parce que le délai d'appel est commandé par la nécessité de mettre un terme aux procès.

Nous avons combattu ces différents arguments en étudiant le divorce, et les objections que nous leur avons faites sont également applicables à la séparation de corps.

Ce n'est qu'en 1853, que la Cour de cassation fut appelée à donner son avis, et l'arrêt qu'elle rendit le 11 mai 1853 (1) reconnut la validité du désistement.

Cet arrêt est le point de départ d'une jurisprudence qui paraît bien définitive, car, depuis, les cours d'appel ne se sont presque jamais mises en contradiction avec la Cour suprême (2).

1. Cass., 11 mai 1853. S. 53. 1. 574.

2. Poitiers, 16 janv. 1849. D. 50. 2. 47 ; S. 51. 2. 35. — Nancy, 22 juillet 1876. S. 78. 2. 103 ; D. 78. 2. 170. — Cass., 28 déc. 1891. S. 92. 1. 120 ; D. 92. 1. 114. — Bordeaux, 20 janv. 1899. S. 99. 2. 144. — *Sic* : Aubry et Rau, t. V, p. 193, § 493. — Laurent, t. III, n° 248. — Vraye et Code. *Le divorce et la séparation de corps*, t. I, n° 456. — Fuzier-Hermam et Darras. *Cod. civ. annoté sur l'art. 307*, n° 109.

Les arguments invoqués à l'appui de cette thèse sont en majorité, ceux qui ont été trouvés insuffisants quand il s'agissait du divorce ; il est inutile que nous y revenions, il suffira d'en mentionner un nouveau, décisif et particulier à la séparation de corps.

Certains auteurs, ceux qui considèrent l'article 249 du Code civil comme une application spéciale d'un principe général, ont voulu étendre cet article à la séparation de corps. La réponse à cette prétention était facile et a été faite maintes fois dans les motifs des arrêts rendus postérieurement à la loi de 1886 : c'est que l'article 307 du Code civil règle la procédure applicable à la séparation de corps. Il déclare qu'elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que les autres actions civiles, mais que néanmoins les articles 236 à 244 lui seront applicables ; l'article 249 n'y étant pas compris, il devient étranger à notre matière et ne saurait être invoqué.

Si la jurisprudence est aussi large à admettre le désistement d'appel quand il s'agit de la séparation de corps, qu'elle est réfractaire à l'autoriser au cas de divorce, il y a rationnellement une contradiction flagrante à les traiter différemment.

D'où vient cette contradiction ? n'est-ce pas parce que l'article 249 du Code civil ne s'applique qu'au divorce ? Il est permis d'en douter, car étant donnée l'interprétation qu'en proposent les arrêts, il serait facile de trouver un texte capable de produire en matière de séparation de

corps, les effets que les cours d'appel attribuent à cet article ; par exemple les articles 1128, 1131 et 1134 suffiraient amplement.

Serait-ce parce que la séparation de corps ne dissout pas le mariage ? Le motif ne serait guère probant, car la séparation produit tous les effets du divorce : séparation de biens, habitation différente, cessation des devoirs de secours et d'assistance mutuelle, et même si la dissolution du mariage n'est pas immédiate, elle n'est que retardée puisqu'il est possible à l'un des époux de réclamer la conversion en divorce au bout de trois années.

Et cependant, en parcourant les arrêts, il semble bien que l'un ou l'autre de ces motifs, joints à ceux que la jurisprudence repousse comme inefficaces pour valider le désistement en matière de divorce, sont la clef de voûte de toutes les sentences. Il n'y a pas un arrêt qui n'y fasse au moins allusion.

Cette diversité de traitement, pour deux institutions qui ne diffèrent réellement que de nom, est d'autant plus regrettable qu'elle était commode à éviter.

Puisque la Cour de cassation voulait interdire le désistement du jugement qui prononce le divorce, il aurait mieux valu pour le bon renom de la justice qu'elle s'opposât également au désistement d'appel toutes les fois que l'existence du mariage était en jeu.

Nous préférons cependant que la séparation de corps soit soumise à une règle semblable à celle formulée par

l'article 249 du Code civil, tel que nous le comprenons, c'est-à-dire : qu'il soit seulement défendu aux parties d'acquiescer à un jugement de séparation de corps tant que les délais légaux des voies de recours ne sont pas expirés ; de cette manière l'unité de jurisprudence serait réalisée et l'acquiescement prématuré, *ab irato* serait évité.

§ 3. — *Interdiction et Conseil judiciaire*

Ainsi que le divorce et la séparation de corps, l'interdiction et la dation de conseil judiciaire sont des matières d'ordre public, sur lesquelles la jurisprudence eut souvent l'occasion de décider de la validité du désistement d'appel.

Aux arguments exposés pour ou contre l'admissibilité du désistement dans les deux premières matières, il en est venu s'adjoindre d'autres quand il s'agit de l'interdiction et du conseil judiciaire par suite d'une circonstance particulière tenant à leur nature ; c'est que les personnes qui réclament le bénéfice de ces institutions ne sont pas celles qui en profitent.

Pour éviter les redites, nous étudierons ensemble la possibilité de se désister d'une instance d'appel quand la demande a pour objet la mise en interdiction d'un aliéné ou la dation d'un conseil judiciaire à un prodigue ou à un faible d'esprit.

On a prétendu (1) que le refus du désistement de l'appel d'une demande en interdiction ou en dation de conseil judiciaire avait surtout sa raison d'être, parce qu'une telle instance était intentée non pas dans l'intérêt du demandeur, mais dans celui du défendeur, c'est-à-dire, dans l'intérêt d'une personne dont la fortune et les droits sont confiés à la sauvegarde de la société. Par le fait seul qu'une instance était introduite, il y avait présomption que la personne contre laquelle elle était engagée avait besoin d'être protégée. Le demandeur, en provoquant cette mesure, remplissait davantage un devoir de famille qu'il n'exerçait un droit.

Ces considérations n'ont pas la portée qu'on prétend leur donner ; pourquoi, quand il s'agit d'interdiction et de conseil judiciaire donner une solution différente de celle reçue en matière de séparation de corps, par exemple ? Pour la raison que le demandeur n'est pas intéressé au procès ? Ce motif n'est pas exact, car sauf les cas où l'interdiction est demandée par le ministère public, on peut être assuré que le demandeur qui la sollicite, le fait autant dans son intérêt que dans celui de son parent.

Le Code, d'ailleurs, en réservant le droit d'intenter ces actions aux héritiers présomptifs (art. 490, du C. civ.) donne du crédit à cette idée.

Au surplus, on peut très légitimement soutenir que, en

1. Madier. *La Loi*, 4 avril 1886.

particulier, la dation d'un conseil judiciaire n'est pas une mesure d'ordre public, le faible d'esprit et le prodigue ne portent préjudice qu'à eux-mêmes et à leurs successeurs, leur présence n'est pas une menace pour l'ordre public. Le prodigue, bien au contraire, est considéré par les économistes comme un agent zélé de la circulation des richesses. La demande en dation de conseil judiciaire a bien pour but de changer son état et sa capacité, mais qu'il soit *sui* ou *alieni juris*, cela importe peu à l'ordre public, ce qui l'intéresse c'est qu'il n'y ait pas de doute possible sur son état. En un mot, l'institution du conseil judiciaire ne fait face qu'à des intérêts privés auxquels l'ordre public reste étranger, et l'intervention du ministère public, le jugement de première instance sont des garanties suffisantes que cette mesure n'a pas été prise légèrement.

On a été jusqu'à objecter que l'interdiction même n'intéresse pas l'ordre public, et qu'elle est seulement une situation juridique spéciale confinant à l'état des personnes, mais ne le constituant pas dans le sens juridique du mot (1).

Nous n'entrerons pas dans l'examen de cette question très délicate, nous nous contenterons de faire remarquer que cette théorie serait favorable à celle que nous défendons ; savoir la validité du désistement d'appel émané de l'interdit.

1. Aubry et Rau, 4^e édit., t. I, § 52, p. 177, note 1.

Mais pour en décider plus judicieusement, nous croyons préférable d'examiner les deux situations qui peuvent se présenter.

Commençons par la plus simple.

Le demandeur en interdiction ou en dation de conseil judiciaire a échoué en première instance, il interjette appel, puis se désiste. Va-t-on admettre ce désistement ?

Ceux qui craignent tant de voir troubler l'ordre public dès qu'une question d'état et de capacité est en cause, ne manquent pas de proclamer à nouveau qu'en telles matières, tout désistement est interdit parce qu'il n'y saurait avoir de conventions valables ; sans dire en quoi une convention qui n'est que la reproduction d'un jugement est illégal et sans citer le texte de loi qui enjoint aux plaideurs d'épuiser les différents degrés de juridiction.

Cependant, il y a ici une excellente raison de ne pas repousser le désistement.

Nous concédons que les parties aient pris pour objet de leurs conventions la capacité de l'une d'elles, mais elles n'ont pas modifié son état ; en ce qui le concerne, leur accord est resté stérile ; le demandeur s'est borné à renoncer à invoquer les faits sur lesquels s'appuyait sa demande et que le tribunal de première instance n'a pas jugés concluants.

En outre, en méconnaissant le désistement du demandeur, on se met dans une situation bizarre, en contradiction formelle avec la loi, il arrive en effet que la cour

réformé le jugement de première instance et prononce l'interdiction alors qu'aucun parent ne la réclame. Certains arrêts n'ont pas reculé devant cette conséquence, et c'en est une des plus critiquables qu'ait engendré le souci constant de l'ordre public (1).

Lorsque le demandeur a eu satisfaction en première instance, l'appel est interjeté par le défenseur ; ce dernier va-t-il pouvoir se désister ?

Hâtons-nous de le dire, toute la jurisprudence et la presque totalité de la doctrine sont unanimes à s'y opposer.

Les arrêts qui annulent le désistement invoquent les mêmes arguments que dans les autres matières, l'ordre public, l'impossibilité d'acquiescer, de transiger, etc., nous savons leur valeur (2).

Il en est un, toutefois, auquel nous n'avons pas encore répondu.

Il est loisible au défendeur, dit-on (3), d'user ou non de la faculté d'appeler mais dans ce dernier cas le juge-

1. Douai, 12 mai 1887. D., 1900, 2. 161 en note. — Caen, 27 décembre 1899. S., 1902, 2. 89 et la note de M. Tissier ; D. 1900, 2. 161 et la note de M. Biville.

2. Lyon, 14 juillet 1853. S. 53. 2. 618 ; D. 54. 2. 33. — Douai, 8 décembre 1858. D. 59. 2. 101. — Cass., 12 janv. 1875. S. 75. 1. 117 ; D. 76. 1. 217. — Cass., requête, 13 nov. 1883. D. 84. 1. 103 ; S. 84. 1. 328. — Nancy, 15 juin 1865. D. 66. 2. 142 ; S. 66. 2. 151. — Nîmes, 25 janv. 1876. S. 77. 2. 294. — Demolombe, t. VIII. n° 473. — Aubry et Rau, t. I, § 124, p. 512, 4^e édit. — Demolombe, *Traité de la Minorité*, t. II, n° 474.

3. Douai, 8 déc. 1858. D. 59. 2. 101.

ment ne tire pas sa force et son effet de l'assentiment tacite que l'abstention de l'interdit ou d'un pourvu d'un conseil judiciaire ferait présumer, mais de la puissance de la loi, qui, par des considérations d'intérêt général, imprime un caractère définitif aux décisions de justice après l'expiration des délais par elle impartis pour les attaquer.

Le défendeur ne saurait donc s'autoriser de ce qu'il a pu ne pas interjeter appel pour s'en désister. Ce subtil *distinguo* n'est pas convaincant, car, qu'il s'agisse de désistement d'appel ou d'acquiescement tacite, par le fait de laisser passer les délais d'appel, les parties n'en demeurent pas moins les auteurs de la situation définitive ; si l'expiration des délais légaux produit son effet, c'est qu'elles l'ont voulu. Il n'y a donc pas de motif décisif de traiter ces deux actes différemment. Si l'on admet l'acquiescement tacite au jugement, il faut souffrir le désistement d'appel, ne pas refuser au plaideur imprudent d'arrêter une procédure inutile au nom d'un ordre public qui n'est pas menacé.

Quelques arrêts ont validé le désistement donné par l'interdit ou le pourvu d'un conseil judiciaire en s'appuyant dans leurs motifs sur les raisons que nous avons fait valoir et sur ce que le droit qui leur est reconnu d'interjeter appel doit être étendu à tous les actes auxquels cet appel peut donner lieu et spécialement au désistement pur et simple dudit appel (1).

(1) Bordeaux, 3 juillet 1829, D. 29. 2. 179 ; S. 29. 2. 298. — Cass.,

On a vu parce qui précède que nous sommes d'avis, même dans les matières qui intéressent l'ordre public, de laisser liberté entière aux parties, parce qu'en appel l'ordre public n'a rien à craindre et qu'il n'existe vraiment aucun texte de loi pour la restreindre.

Nous ajouterons que l'opinion qui refuse la possibilité de se désister, poussée à ses conséquences extrêmes, aboutit à des solutions insoutenables. Supposons une demande en dation de conseil judiciaire : le tribunal de première instance fait droit à la requête du demandeur, le défendeur interjette appel mais fait défaut faute de comparaître ; la cour après un nouvel examen de l'affaire rend un arrêt confirmatif par défaut ; l'appelant fait opposition ; on lui dénierait donc le droit de se désister de son opposition, de donner de par sa volonté autorité de chose jugée à un jugement confirmé par la cour sous le prétexte qu'il porte atteinte à l'ordre public ! Et on soutiendrait que la cour doit statuer une seconde fois !

Qu'il nous soit permis, en terminant ce chapitre, de formuler un vœu. Nous avons dit qu'en l'état actuel des textes, aucun article du Code n'exigeait que les demandes en divorce et en séparation de corps pas plus que celles en interdiction ou en dation de conseil judiciaire, subissent deux degrés de juridiction. Nous verrions toutefois avec faveur, les juges d'appel, quand ils

12 janv. 1875. S. 75. 1. 117 ; D. 76. 1. 217. — Rennes, 14 décembre 1893, D. 94. 2. 88 ; S. 95. 2. 135. — *Sic* : Delvincourt, t. I, note 4, sur la page 156.

en sont saisis, examiner si le désistement est ou n'est pas frauduleux, la conséquence d'une collusion des parties ; et d'autre part si le jugement qui en est l'objet renferme des dispositions contraires à l'ordre public.

Ce moyen terme aurait l'avantage de donner satisfaction aux partisans comme aux adversaires du désistement d'appel en ces matières, les juges du second degré ne connaissant pas du fond, le libre exercice d'un acte de procédure serait laissé aux plaideurs et l'ordre public dont on se réclame tant, infailliblement à l'abri de toute atteinte.

CHAPITRE IV

CAPACITÉ ET POUVOIRS

Celui qui peut intenter une action, n'a besoin d'aucune autre volonté que la sienne pour s'en désister valablement.

Mais tout le monde n'est pas également reçu à faire valoir ses prétentions, la loi a établi différentes incapacités. Certaines personnes doivent être assistées d'une autre pour figurer légalement à la procédure, et cette assistance se manifeste sous la forme d'une autorisation.

Est-elle suffisante à l'incapable pour se désister de son appel ou doit-elle lui être renouvelée ?

D'autres moins libres encore ou voulant se décharger des soucis d'une instance, ne prennent aucune part personnelle à la poursuite ; elles sont représentées par un mandataire ; son pouvoir d'ester en justice contient-il celui de se désister d'un appel ?

Ce sont ces différentes situations que nous allons examiner.

§ 1. — *Femme mariée*

La femme mariée indépendamment du régime qu'elle s'est choisi, ne peut plaider sans l'autorisation de son mari ou de justice (art. 215 et 218 du C. civ.) et la Cour de cassation voulant faire respecter le principe de la spécialité des autorisations, exige qu'elle soit autorisée à nouveau pour interjeter appel (1). Cette autorisation lui suffit-elle pour se désister de son appel, est-on en droit de lui en réclamer une autre ?

La réponse à une pareille question est des plus simples. La femme n'a pas été habilitée à faire un tel acte. Elle a été autorisée à maintenir son droit et non à l'abandonner, dit Laurent (2).

Quand la femme a reçu l'autorisation de plaider, c'est la justice qui est appelée à décider de son droit, c'est donc à la justice qu'on s'en rapporte et non à elle. Or, en se désistant, elle arrête le cours de la justice et c'est elle qui met fin au procès.

Ce langage, tenu à propos de l'acquiescement en première instance, a-t-on objecté, serait décisif si la femme intimée acquiesçait aux prétentions de l'appelant en se désistant de l'effet du jugement attaqué, elle accompli-

1. Cass., 22 janv. 1879. D. 79. I. 121 ; S. 79. I. 123. — Cass., 21 février 1888. D. 88. I. 124 ; S. 88. I. 104.

2. Laurent, t. III, § 147, p. 183. — *Sic* : Bioche, t. III, V. n° 21. Garsonnet, *Procéd.*, t. VI, 2^e édit., § 2512, p. 692.

rait là un acte grave qui nécessiterait l'approbation formelle de son mari.

Mais l'appelante qui se désiste de son appel n'arrête pas le cours de la justice de la manière dont l'entend Laurent, puisque cette dernière a déjà statué et décidé que l'appelante était sans droit.

Il ne s'agit pas davantage pour la femme de disposer d'un droit, car nous avons vu au début de notre étude que le désistement d'appel n'avait que l'apparence d'une aliénation.

Néanmoins, il n'en est pas moins vrai que la femme a été autorisée à combattre et non à s'avouer vaincue ; si son mari l'a habilitée à interjeter appel, c'est qu'il avait quelques raisons de croire à la réformation de la sentence et le désistement n'étant pas la suite nécessaire de son appel, il doit l'autoriser spécialement pour qu'elle puisse proposer de se désister (1).

1. Il n'y a pas de jurisprudence sur la question, la Cour de Cassation rendit un arrêt le 12 février 1828, D. 28.1.127 ; S. 28.1.356 par lequel elle décida que la femme, même séparée de biens, ne peut sans l'autorisation de son mari ou de justice, se désister d'un appel interjeté ni transiger par suite de ce désistement sur la contestation à l'égard de laquelle est intervenu le jugement frappé d'appel. D'autre part, elle arrêta plus récemment que l'autorisation de justice ou celle du mari donnée à la femme pour ester en justice lui conférait le droit d'acquiescer au jugement. Cass. 7 déc. 1863. S. 64.1.12 ; D. 64.1.119. Si l'on veut bien se souvenir que la Cour de cassation assimile le désistement d'appel à un acquiescement, il y a tout lieu de supposer que maintenant elle jugerait valable le désistement d'appel donné par la femme sans nouvelle autorisation.

Si le mari n'a pu ou voulu autoriser sa femme, celle-ci va s'adresser à la justice et à ce sujet se pose une question de compétence. A quel tribunal la femme demandera-t-elle de l'habiliter ? La Cour d'appel semble toute désignée pour cela, l'affaire est pendante devant elle, aucun autre tribunal n'est mieux placé pour apprécier l'opportunité de cet acte et assurer à la femme le maximum de garanties et de sécurité.

Pourtant la rigueur des principes s'oppose à cette solution, si le mari a refusé son autorisation, nous sommes en matière contentieuse, or, en cette conjoncture, la cour ne peut statuer sans violer les règles de la hiérarchie judiciaire et des degrés de juridiction, n'étant que juge d'appel, il lui est interdit de connaître d'une affaire, sans que le premier degré de juridiction ait rendu sa décision, l'autorisation doit donc être donnée à la femme par le tribunal d'arrondissement de son domicile.

Si le mari était dans l'impossibilité de manifester sa volonté, la cour exercerait la juridiction gracieuse et celle-ci est réservée au tribunal d'arrondissement ; c'est donc encore lui qui doit délivrer à la femme l'autorisation de se désister (1).

La femme séparée de corps, ayant recouvré sa pleine capacité, n'a besoin d'aucune assistance.

1. D'après la Cour de cassation, cependant (Cass., 5 nov. 1895. D. 95. 1. 135 ; S. 96. 1. 180), la cour d'appel est compétente pour autoriser une femme mariée à suivre sur l'appel qu'elle a interjeté. Nul doute qu'elle aurait décidé de même, s'il se fut agi d'autoriser un désistement.

§ 2. — *Mineur non émancipé et interdit*

Le mineur non émancipé et l'interdit qui est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens (art. 509 du C. civ.) ne peuvent ester en justice. Dans les affaires qui les concernent, le désistement d'appel sera donc l'œuvre de leur représentant et nous verrons à propos des pouvoirs de celui-ci, les formalités auxquelles il est astreint.

§ 3. — *Mineur émancipé*

Le mineur émancipé a qualité pour faire seul les actes de pure administration (art. 481 du C. civ.), il n'est pas douteux que le désistement de l'appel, spécialement celui qui porte sur le fond du droit, ne rentre pas dans cette catégorie. Le mineur doit donc être habilité, mais comment ?

L'article 484 du Code civil mentionne qu'il ne pourra faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé, il devrait donc en matière mobilière requérir l'assistance de son curateur et en outre pour les actions immobilières solliciter l'autorisation de son conseil de famille (art. 482 du C. civ. et 484 combinés à 464 du C. civ.).

Cette solution ne soulève aucune difficulté quant aux meubles, mais en matière immobilière elle est contestable.

En effet, l'article 482 (C. civ.) renvoie bien aux articles 457 et suivants du Code civil, pour les actes autres que ceux de pure administration, mais relativement à l'exercice des actions immobilières, le Code déroge à ce principe. L'article 482 du Code civil n'oblige pas le mineur émancipé à demander l'autorisation du conseil de famille comme l'article 464 (C. civ.) le demande au tuteur, il ne lui impose que l'assistance de son curateur, donc si cette seule assistance lui permet de suivre sur l'appel, il paraît logique de ne pas exiger davantage pour s'en désister.

§ 4. — *Prodigue ou faible d'esprit*

Plaider est le premier acte que l'article 513 du Code civil défend au pourvu d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil. Le prodigue ou le faible d'esprit auront donc besoin d'être assistés pour se désister d'un appel (1).

§ 5. — *Mandataire conventionnel*

Les pouvoirs du mandataire ordinaire sont contenus dans son mandat et doivent être interprétés étroitement. S'il a reçu le mandat de plaider, il ne peut interjeter appel, et s'il a le pouvoir de relever appel, il ne peut sur sa seule initiative s'en désister (2).

1. Cassation, 29 janvier 1903. D. 1903. 3.411 ; S. 1904 1.213.

2. Cass., 13 décembre 1882. S. 83.1.80.

§ 6. — *Père administrateur légal*

Le père administrateur légal jouit actuellement de pouvoirs très étendus. Le Code n'ayant réglé que ses fonctions d'administrateur (art. 389 du C. civ.), la jurisprudence pour faire face aux exigences de la pratique et prenant en considération l'affection qu'un père doit avoir pour ses enfants, lui a reconnu le droit d'accomplir seul des actes très importants, il peut intenter une action immobilière, transiger, acquiescer (1), etc.

Une doctrine récente a vu dans cette grande liberté laissée au père un danger pour la fortune de l'enfant et a proposé de réduire ses pouvoirs.

Certains ont émis l'opinion d'assimiler le père administrateur au tuteur, en lui permettant d'agir seul toutes les fois que le tuteur n'aurait qu'à demander l'autorisation du conseil de famille. C'était encore lui accorder un trop grand crédit, comme le fait justement remarquer M. Tissier, on a vu un père transiger à un prix dérisoire au sujet d'une indemnité relative à un accident arrivé à son enfant.

Ce système n'étant pas à l'abri de tout reproche, on se tourna d'un autre côté, et comme la loi ne disait mot des actes de disposition, il sembla tout indiqué de les

1. Bourges, 11 février 1863. D. 64. 5. 305; S. 63. 2. 121. — Amiens, 1^{er} mars 1883. D. 84. 2. 150; S. 84. 2. 41. — Cass., 3 juin 1867. D. 68. 1. 27; S. 67. 1. 273.

faire autoriser par la justice. Cette autorisation offrant les plus grandes garanties de sagesse et de désintéressement (1).

Nous nous déclarons partisans de cette théorie comme étant la plus juridique et nous en ferons volontiers l'application au désistement d'appel. Mais nous nous gardons bien d'accorder à ce dernier l'importance et la qualité d'acte de disposition, et nous permettrons au père administrateur légal de se désister seul d'un appel, qu'il équivaille ou non à un acquiescement.

§ 7. — *Tuteur*

Le Code n'a pas formulé de principe général sur l'étendue des pouvoirs du tuteur ; il se borne à énumérer les actes que le tuteur doit faire avec une autorisation ou suivant des formes qu'il impose. On se trouve parfois très embarrassé pour affirmer que tel acte est permis ou que tel autre est interdit, car le législateur n'a pas tout prévu et si l'on raisonnait *a contrario* en se basant sur ceux qu'il a réglementés, on se trouverait amené à autoriser le tuteur à faire seul des actes dont les pareils, en conséquence, nécessitent l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal et l'avis de trois jurisconsultes.

1. Voir à ce sujet les théories diverses et les références données dans la note de M. A. Tissier sous Douai, 25 février 1901. S. 1903. 2. 1. — Thomas. *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, t. XXII, 1898, p. 543, et les références note 3.

Le désistement est de ceux dont la loi n'a pas parlé ; mais comme la jurisprudence a assimilé le désistement à l'acquiescement et qu'il en a les effets, nous pouvons prendre comme base de discussion l'article 464 du Code civil qui traite de l'acquiescement aux droits immobiliers du pupille.

La capacité du tuteur en matière de désistement d'appel a fait l'objet de nombreux arrêts, mais qui, dans des espèces identiques, diffèrent toujours les uns des autres par quelque point. Si les Chambres réunies de la Cour de cassation (1) n'avaient fixé la jurisprudence en ce qui touche les droits immobiliers du pupille, l'anarchie serait complète.

Nous ferons tout d'abord justice d'une opinion qui s'est manifestée dans un arrêt de la Cour de Nancy, déclarant qu'un acquiescement concernant les droits pupillaires doit émaner du tuteur et du subrogé tuteur (2).

Les raisons sur lesquelles s'appuie cet arrêt ont de trop lointaines attaches avec les textes et pèchent par trop de généralité pour avoir une réelle valeur. Sans doute, l'article 444 du Code de procédure civile, exige que le jugement soit signifié au tuteur et au subrogé tuteur pour faire courir les délais d'appel, sans doute les articles 451 et 452 du Code civil ordonnent l'intervention du subrogé tuteur et présentent au-

1. Cass., 22 mars 1897. S. 97.1.309.

2. Nancy, 25 août 1837. D. 38.2.221 ; S. 39.2.151. *Sic* : Demolombe, t. VII, § 685, p. 453 et s., 4^e éd.

tant d'exception au principe posé par l'article 420 du Code civil ; que le subrogé tuteur n'agit que lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur.

Mais la loi n'appelle pas le subrogé tuteur à l'appréciation du jugement comme le dit l'arrêt en question. Le tuteur peut appeler et se désister seul en appel sauf un texte contraire. La signification du jugement au subrogé tuteur s'applique précisément comme moyen de mettre ce subrogé tuteur en mesure d'exercer son droit de surveillance et par exemple de requérir la convocation du conseil de famille pour examiner s'il n'y a pas lieu d'inviter le tuteur à se désister de son appel ; au besoin dans les cas graves, de provoquer sa destitution (446 du C. civ.), mais le subrogé tuteur n'est pas un tuteur, il ne peut agir que quand la loi le lui ordonne expressément, et la loi ne dit pas que le tuteur a besoin de l'assistance du subrogé tuteur pour acquiescer à un jugement. D'ailleurs, on sait que les intérêts du mineur ne manquent pas de protection, (le Code n'en est pas avare) et celle que voulait imposer la Cour de Nancy est complètement superflue et sans fondement, d'autant plus que le raisonnement dont elle se sert, pourrait être fait dans presque tous les cas où les intérêts des incapables sont défendus par des administrateurs.

Examinons maintenant de plus près les pouvoirs du tuteur.

Quand l'appel est renouvelable, rien n'empêche que le

tuteur propose valablement seul le désistement en matière mobilière comme en matière immobilière. C'est peut-être le fait d'un bon administrateur qui, s'apercevant que l'instance est mal engagée, qu'il a témérairement exposé les intérêts de son pupille, abandonne la partie sauf à la reprendre plus tard, s'il le juge opportun, ce n'est ni plus ni moins qu'un désistement d'instance permis au tuteur et je ne crois pas que cette manière de voir ait été sérieusement contestée (1).

S'agit-il d'un désistement produisant l'effet d'un acquiescement, les opinions sont différentes.

Laurent (2) suivi par Aubry et Rau distingue suivant que le mineur est demandeur ou défendeur. Est-il demandeur ? Il dénie au tuteur, en toute matière, le droit de se désister sans une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. La raison en est que le mineur a des droits qui ont fait l'objet d'un jugement ; si le tuteur se désiste de l'appel, il renonce implicitement aux droits qu'il a réclamés ; cette renonciation est une aliénation ; par conséquent le tuteur doit observer les formalités requises pour l'aliénation.

Les savants auteurs ont conclu un peu trop rapidement, à notre avis ; le mineur a des droits qui ont fait l'objet d'un jugement, disent-ils ? or, rien n'est moins

1. *Sic.* Chauveau sur Carré, t. III, n° 451 bis et 452. — Aubry et Rault, t. I, p. 467 texte et note 22. — Laurent, t. V, n° 85.

2. Laurent, t. IV n° 68. — Aubry et Rau. *Tutelle des mineurs* t. IV, n° 68.

certain, ce qui a été débattu ce sont ses prétentions, pour dire que le mineur a des droits, il faut attendre la décision du juge d'appel et le tribunal du premier degré ayant repoussé sa demande, il est beaucoup plus vraisemblable du supposer qu'il n'en a pas. Ainsi l'acquiescement ne nous paraît pas être une aliénation, mais une simple constatation, un hommage rendu à la chose, jugée que le tuteur peut faire seul en matière mobilière et avec l'autorisation du conseil de famille en matière immobilière (art. 464 du C. civ.).

Donc, pour nous, il est inutile de rechercher si le mineur a figuré dans l'instance comme demandeur ou comme défendeur. En matière mobilière, le tuteur peut se désister seul, (argument *a contrario*, art. 464 du C. civ.) et en matière immobilière, l'autorisation du conseil de famille lui est nécessaire, mais suffisante (1).

Avec une règle enclose dans une formule aussi précise, on pourrait croire toute difficulté écartée, c'est méconnaître l'ingéniosité de certains jurisconsultes, qui rapprochant un article du Code d'un autre, ont voulu prouver qu'autoriser veut dire également ratifier, qu'il

1. Douai, 17 janvier 1820. S. 21. 1. 117. — Limoges, 22 avril 1839. S. 39. 2. 521 ; D. 39. 2. 253. — Poitiers, 3 août 1891. D. 94. 1. 377 ; S. 95. 1. 81. — Cass., 10 janvier 1894. S. 95. 1. 309 ; D. 97. 1. 277. — Sic : Rolland de Villargues. *Répertoire du notariat*, voir n° 6, Acq. et Tutelle, n° 222. — Magnin. *Des Minorités*, t. II, n° 698. — Demiau. *Eléments du droit et de la pratique*, p. 293. — Pigeau, *Procéd.*, 61. p. 482. — Carré, quest., 1452. — Bioche. V° n° 25 et 33. — *Contra* : Agen, 15 décembre 1844. S. 45. 2. 229 ; D. 45. 2. 111.

est possible d'autoriser quelqu'un à faire une chose quand elle est accomplie et que l'autorisation du conseil de famille pouvait être donnée après le désistement d'appel. Il a fallu deux arrêts de la Cour de cassation, dont un rendu les Chambres réunies, pour trancher le différend. Notons qu'il était de toute nécessité d'arrêter une telle interprétation qui portait une grave atteinte à l'article 464 du Code civil.

Ce fut un arrêt de la Cour de Poitiers du 3 août 1891 (1) qui interpréta de cette manière l'article 464 et le motif qu'elle invoque apparaît juridiquement peu sérieux : « Attendu qu'il importe peu que cette autorisation ait été donnée postérieurement à l'acte dont il s'agit, que la ratification expresse qu'elle contient équivaut évidemment quant à ses effets à une autorisation préalable... » Et si le conseil de famille n'avait pas approuvé l'acte du tuteur, ne serait-il pas resté trace du désistement, les droits du pupille, tout au moins ceux qui auraient pu lui être reconnus, n'auraient-ils pas été entamés par suite de quelque nullité, de quelque déchéance ou d'une prescription ? Il est permis de le penser.

La Cour de cassation, le 10 janvier 1894 (2), cassa cet arrêt en déclarant qu'il résultait nettement des termes de l'article 464, que l'autorisation doit précéder le désis-

1. Déjà cité, voir dans le Sirey la note de M. Lacoste.

2. Déjà cité.

tement et renvoya l'affaire devant la Cour de Limoges (1).

Cette cour rendit un arrêt contraire à l'avis de la Cour de cassation où elle soutint que l'autorisation peut intervenir efficacement après le désistement d'appel. Voici en quels termes : L'article 464 du Code civil parle d'une autorisation préalable. Si le législateur avait voulu une autorisation antérieure à l'acte qu'elle valide, il l'aurait déclaré expressément et c'est ainsi qu'il a exprimé sa volonté d'une manière formelle dans l'article 461 du Code civil à propos de l'acceptation ou de la répudiation d'une succession par le tuteur, de même dans l'article 467 du Code civil en ce qui touche la transaction. De plus, il est constant que dans la pratique, on intente d'abord l'action, et qu'on en demande ensuite l'autorisation. Le désistement étant réglementé par le même article (2), il n'y a pas lieu de le traiter différemment et le but que s'est proposé le législateur étant de protéger les mineurs et les interdits, ce but est atteint par l'autorisation postérieure qu'il appartient au conseil de famille de donner ou de refuser. L'acte préalable du tuteur ne lie en rien ce conseil dont l'indépendance reste entière.

L'affaire revint donc devant la Cour de cassation (3),

1. Déjà cité.

2. L'arrêt fait allusion ici à l'acquiescement.

3. Déjà cité.

arrêt du 22 mars 1897, qui cassa l'arrêt de la Cour de Limoges et confirma le sien du 10 janvier 1894.

Les arguments des partisans de l'autorisation postérieure se retournent contre eux. Nous comprenons aisément que la pratique tolère une exception à la règle de l'autorisation préalable quand l'acte du tuteur n'est qu'à titre conservatoire, mais elle doit être strictement respectée quand il affecte le fond du droit.

Si l'article 464 du Code civil ne porte pas le mot préalable, est-ce une raison pour en induire qu'une autorisation postérieure est suffisante ? Les articles 461 et 467 du Code civil parlent d'autorisation préalable, mais les articles 457, 63, 64, 65 parlent seulement d'autorisation ; soutiendra-t-on que l'aliénation, l'hypothèque qui visent ces articles sont des actes moins graves que la transaction ou l'acceptation d'une succession ? Il ne faut pas en semblable occasion compter les mots : les articles 461 et suivants du Code civil édictés sous la rubrique « de l'administration du tuteur », ayant tous le même objet, à savoir, la protection des intérêts de pupille doivent recevoir une interprétation identique, alors qu'il s'agit d'actes ayant en réalité la même importance. Si l'on admettait que l'approbation du conseil de famille peut être donnée après coup, l'incapable serait insuffisamment protégé : trop souvent le conseil de famille serait entraîné à s'incliner devant le fait accompli.

Le désistement fait par le tuteur de l'appel, sans

l'autorisation préalable du conseil de famille, est donc nul (1).

Mais cette nullité n'étant que relative est susceptible de disparaître par l'effet d'une confirmation.

De qui émanera-t-elle ? certainement pas du conseil de famille ; car comme le dit fort bien M. Tissier (2), cet acte confirmatif ne peut venir que du tuteur s'entourant des garanties qu'il a négligées lors de l'accomplissement de l'acte incriminé, c'est-à-dire de l'autorisation du conseil de famille. Ce dernier ne peut rien faire seul, il n'est que l'assemblée délibérante dont le tuteur est l'agent et cet agent est indispensable ; s'il ne veut ou ne peut faire la confirmation nécessaire, elle ne pourra avoir lieu tant qu'il sera maintenu dans ses fonctions.

Il nous reste à citer une dernière opinion qui a trouvé accueil dans un arrêt rendu le 15 décembre 1844 par la Cour d'Agen (3).

Non seulement cet arrêt ne juge pas nécessaire le concours du subrogé tuteur et du tuteur, mais il estime que même alors qu'il s'agit de droits immobiliers, ce dernier peut se désister sans l'autorisation du conseil de famille. Le tuteur, dit-il, peut relever appel sans cette autorisation, comment concevrait-on qu'il ne

1. Ne perdons pas de vue que les prétendues autorisations postérieures qu'admet la pratique ne sont que des autorisations concomitantes à l'action, le tuteur interjette appel sans autorisation, mais elle lui est nécessaire pour suivre sur l'appel,

2. Albert Tissier. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1896.

3. Agen, 15 déc. 1844. S. 45. 2. 229 ; D. 45. 2. 111.

puisse seul renoncer à un acte que seul il pouvait faire ; or interjeter appel n'est pas introduire une action en justice suivant les termes de l'article 464 du Code civil, puisque la justice a déjà statué, donc il est inapplicable.

Cet arrêt contient à notre avis, deux erreurs : d'une part s'il est vrai que le tuteur peut relever appel sans autorisation, c'est que l'on considère cet acte comme purement conservatoire, mais tout le monde est d'accord pour lui refuser de suivre sur l'appel, sans y avoir été préalablement autorisé.

D'autre part, l'interprétation qu'il donne des mots « introduire en justice » contenus dans l'article 464 du Code civil est vraiment trop hardie et trop étroite. Cette expression signifie seulement agir soi-même en justice en qualité de demandeur. Elle s'applique aussi bien à la demande de première instance qu'à celle d'appel.

Par conséquent, quand il s'agit de cette dernière, le tuteur ne peut l'introduire qu'après avoir reçu l'autorisation du conseil de famille, et cette autorisation devient nécessaire pour s'en désister.

§ 8. — *Avoué*

L'avoué a reçu de son client mandat de faire tous les actes de procédure qu'il jugera nécessaires pour faire triompher la cause qu'il lui a confiée. Rigoureusement, l'avoué ne pourrait donc pas interjeter appel et suivre

sur cet appel sans un pouvoir spécial; mais comme l'avoué n'est pas un mandataire ordinaire; on présume à son profit l'existence de ce pouvoir, sauf au client à faire tomber cette présomption par le désaveu.

Est-ce-à dire que l'avoué peut se désister d'un appel au nom d'un plaideur, sans que celui ci n'ait d'autre moyen d'annihiler ce désistement intempestif que la longue et coûteuse procédure du désaveu ?

La règle qui nous a jusqu'ici suivi de critérium : Celui-là peut se désister seul de l'appel, qui a pu seul l'interjeter et l'article 352 du Code de procédure paraît ne pas laisser de doute à cet égard. L'article 352 du Code de procédure notamment, qui figure au titre du désaveu est clair ; aucune offre, aucun aveu ou consentement ne pourront être faits, donnés ou acceptés sans un pouvoir spécial à peine de désaveu.

Le désistement est une offre et comme telle encourt l'application de cet article.

Cependant, malgré la généralité des termes de l'article 352 du Code de procédure civile, un argument impérieux nous engage à décider que le désistement lui est étranger.

En effet, l'article 402 du Code de procédure civile, en imposant que le désistement soit signé des parties ou de leurs mandataires, ne le considère pas comme un acte rentrant dans le mandat de l'avoué, même sous peine de désaveu.

Ainsi que le fait judicieusement remarquer M. Bon-

cenne (1), ce n'est pas seulement pour que l'avoué trouve une protection contre l'éventualité d'un désaveu, que la loi exige un pouvoir distinct, c'est pour la validité de l'acte ; et cette exigence se justifie par ce fait que l'avoué a reçu pouvoir d'obtenir un jugement et non de s'y soustraire. Cette circonstance explique également pourquoi certains actes graves comme une modification aux conclusions, la signification du jugement sous réserves ne peuvent tomber que sous un désaveu, alors qu'il semble contradictoire qu'un simple désistement d'instance n'y soit pas soumis.

En conséquence, l'avoué pourra bien être choisi comme mandataire à l'effet de se désister de l'appel, mais il faudra qu'il y soit autorisé expressément, et cette autorisation ne résultera pas de ce qu'il a pu l'interjeter. Sur la simple dénégation de son client, le désistement sera annulé et l'avoué déclaré responsable des suites de son acte sauf à lui présenter un mandat net et formel.

§ 9. — *Syndic de faillite*

Aucune disposition du Code de commerce ne parle du désistement, aussi l'accord est-il loin de régner sur les pouvoirs du syndic à son sujet.

On admet que le désistement d'appel qui ne porte que sur l'instance, ne dépasse pas les bornes d'une sage

1. Boncenne. *Procéd. civ.*, t. V. *Désistement*, p. 674.

administration ; quant à celui qui entraîne acquiescement au jugement de première instance, c'est sur lui que portent toutes les controverses.

La jurisprudence et la doctrine tendent à exiger du syndic l'accomplissement des formalités nécessaires pour transiger, c'est-à-dire l'autorisation du juge commissaire, le failli dûment appelé, et si l'objet excède 300 fr., ou est d'une valeur incertaine, l'homologation du tribunal (1).

C'est, dit-on, que ce désistement est un acte très important sous lequel peut se cacher une véritable aliénation et qui a de grands rapports avec la transaction ; un acte de disposition au premier chef qui constitue même à certains points de vue, un acte plus dangereux que la transaction, car il implique de la part de l'une des parties l'abandon de tous ses droits prétendus sans aucune compensation.

Bien que les arrêts rendus en cette occurrence soient opposés au désistement offert par le syndic seul (2), nous

1. Nancy, 13 août 1839. D. 39. 2. 230 ; S. 40. 2. 79. — Bordeaux, 30 mai 1854. D. 54. 2. 110. — Cass., 28 février 1885. D. 85. 1. 284. — Esnault. *Traité des faillites*, t. I, n° 297. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 3^e édit., t. VII.

2. Un arrêt de la Cour de Paris du 29 juin 1877 (*Journal des tribunaux de commerce*, t. XXVII, p. 42), jugea que le juge commissaire dont le syndic doit demander l'autorisation dans le cas de transaction, alors que la justice doit intervenir pour homologuer l'acte qui s'en suivra, n'a pas à assister le syndic, lorsqu'il a simplement à reconnaître avant sa comparution personnelle dans l'instance que la justice a statué équitablement contre le failli. Le syndic n'étant point à proprement parler en cause, on ne peut invoquer cet arrêt en faveur du désistement.

pensons qu'en l'absence d'un texte congruent, le syndic peut le proposer spontanément.

Il est inexact d'assimiler le désistement d'appel à une transaction, ce sont deux actes fort distincts, que déjà nous avons eu l'occasion de différencier ; en pratique ils peuvent coexister, mais en doctrine, il n'est pas permis de les confondre. C'est aux tribunaux qu'il appartient de les identifier et de les traiter différemment.

D'ailleurs, l'article 443 du Code de commerce 2^e alinéa, donne au syndic implicitement le droit d'intenter toutes actions mobilières et immobilières et expressément celui d'y défendre, il n'y met aucune restriction ; il le rend donc complètement indépendant et souverain maître de prendre le parti qui lui plaira. Au reste, le syndic étant un mandataire salarié, il est à présumer qu'il ne donnera pas à la légère un tel désistement.

Néanmoins, il serait préférable que sur ce point, la faillite fut organisée à l'image de la liquidation judiciaire où l'autorisation du juge commissaire, donnée au débiteur assisté du liquidateur, est suffisante pour les actes de désistement (1).

1. Loi du 4 mars 1889, article 7, 1^{er} alinéa.

CHAPITRE V

ACCEPTATION

L'acceptation joue un rôle capital dans notre matière en tant qu'élément essentiel du contrat de désistement. Elle est la réponse affirmative à l'offre que fait le désistant d'abandonner l'instance ; elle est la condition suspensive qui, en se réalisant, permettra au désistement de produire tous ses effets ou si elle est refusée de le faire considérer par sa défaillance comme n'ayant jamais été proposé.

A lire les articles 402 et 403 du Code de procédure civile, on pourrait croire que la question de savoir si le désistement d'appel doit être accepté pour sortir son plein et entier effet, n'a pu se poser.

Le législateur n'insiste pas sur la condition de l'acceptation, il en parle incidemment comme d'une formalité sur laquelle l'entente est faite depuis longtemps : le désistement peut être fait et accepté par des simples actes (art. 402), le désistement lorsqu'il aura été accepté... (art. 403), et cette manière de s'exprimer laisse bien supposer que les rédacteurs de ces textes ne pensaient pas qu'on puisse soulever d'objection à ce sujet. Il est clair pour eux que l'acceptation fait partie

intégrante du désistement quel qu'il soit, qu'elle en est un des caractères essentiels et distinctifs.

C'est ainsi qu'au lendemain de la promulgation du Code de procédure, la Cour de Lyon décida que le désistement d'appel non accepté n'était pas régulier (1).

Néanmoins, certaines cours, notamment la Cour de cassation rejetèrent cette solution et arrêtèrent que le désistement d'appel était parfait sans acceptation.

Cette décision était un souvenir de l'ancien régime.

Sous l'ordonnance de 1667, l'acceptation n'était pas nécessaire pour la validité du désistement d'appel (2).

Or, le Code de procédure ne fut qu'une réédition sans changement sérieux de cette ordonnance, et le titre XXIII, concernant le désistement, ne paraissait traiter que des désistements de demandes. Par surcroît, il était compris dans le livre deuxième consacré aux tribunaux inférieurs, et Merlin promoteur de ce système conclut que rien n'était changé en ce qui touchait le désistement d'appel (3).

« La raison en est facile à saisir, disait-il, le désistement est une convention de mettre fin au procès et

1. Lyon, 14 décembre 1810. Drep. V^o n^o 118.

2. Requête, 31 juillet 1817. Da. § 5. 162 ; S. 19. 1. 96. La Cour : Attendu que le désistement du 20 mars étant antérieur à la publication du Code de procédure civile, l'article 402 ne lui est pas applicable, que l'ordonnance de 1667 sous l'empire de laquelle il a été fait, n'exigeait point pour la validité du désistement d'appel, qu'il fut accepté par la partie adverse. Rejette le pourvoi.

3. Merlin, *Répertoire*, V^o Désistement d'appel.

toute convention suppose le consentement des parties contractantes. Quand une partie se désiste de la demande qu'elle a formée, le désistement pour être valable doit nécessairement être accepté par la partie adverse qui n'a point encore manifesté sa volonté et dont le consentement est nécessaire pour former la convention.

Mais il en est autrement, lorsque l'appelant se désiste de l'appel qu'il a interjeté ; dans ce cas, il y a véritablement consentement réciproque des parties, car en provoquant le jugement dont est appel, la partie qui l'a obtenu a suffisamment manifesté la volonté d'en profiter. Le désistement d'appel n'est dans la réalité qu'un acquiescement et jamais on n'a exigé l'acceptation pour la validité de l'acquiescement (1). »

Cette théorie est grosse de résultats pratiques. Elle fait de l'appelant presque le maître du procès. Aussitôt qu'il a porté son désistement à la connaissance de la cour, les juges sont dessaisis et l'instance est éteinte *ipso facto*.

On imagine aisément les surprises que peut ménager un pareil instrument aux mains de l'appelant ; l'intimé est à sa merci et ses intérêts peuvent être gravement compromis.

1. Cass., 21 déc. 1819. S. 20. 1. 170 ; Da. 5. 165. — Montpellier, 23 mai 1828. S. 29. 2. 26 ; D. 29. 2. 39. — Limoges, 31 déc. 1831. D. 32. 2. 118 ; S. 32. 2. 159. — Nancy, 22 mai, 1834. Drep., V^o n^o 117. P. t., XXVI, p. 547. — Pigeau, *op. cit.*, t. I, p. 546. — Berriat. *Procéd.*, t. I, p. 367. — Talandier *De l'appel*, n^o 369.

Par contre, l'appelant n'aura pas la même latitude pour révoquer son désistement s'il ne doit pas être accepté que s'il est soumis à cette condition. Le désistement vaut-il acquiescement ? il est irrévocable ; ne change-t-il pas de nature ? il pourra être révoqué jusqu'à ce qu'il ait été accepté.

D'autre part, l'acceptation est-elle superflue ? l'appel incident est fermé à l'intimé dès que le désistement lui est notifié ; au contraire est-elle obligatoire ? l'appel incident serait valable ou irrecevable suivant qu'il aurait été interjeté avant ou après l'acceptation.

On juge d'une théorie par ses conséquences. Celles-là parurent désastreuses et depuis plus d'un demi-siècle, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes à reconnaître que l'acceptation est indispensable pour la régularité du désistement d'appel.

Des raisons décisives fournies par un plus minutieux examen de la question ont fait aboutir à cette solution (1).

Remarquons tout d'abord que l'argumentation de Merlin est trop compréhensive. Sans aucun doute il se trompe en posant comme base de son raisonnement que tout

1. Lyon, 25 mai 1839. D. 39, 2, 229 ; S. 39, 2, 521. — Montpellier, 22 juillet 1842. S. 43, 2, 19 ; D. 43, 2, 43. — Toulouse, 24 mars 1848. S. 48, 2, 361 ; D. 49, 2, 18. — Cassation, 2 février 1882. D. 83, 1, 150 ; S. 84, 1, 55. — Pau, 10 mai 1901. S. 1902, 2, 193. — Alger, 3 janvier 1906. D. 1906, 2, 183. *Sic* : Chauveau et Carré, *op. cit.*, t. III, n° 1459 *ter*. Bioche, *op. cit.*, n° 128 et s. — Bourbeau, *Procéd. civ.*, p. 688. — Glasson. *Cours élémén. de procéd.*, t. I, p. 694. — Garsonnet, 2^e édit., t. VI, § 2513, p. 693.

désistement d'appel est un acquiescement à la sentence primitivement rendue.

Nous avons montré au début de cette étude qu'il est impossible de qualifier indistinctement d'acquiescement tout désistement d'appel, et que cette assimilation ne peut être tolérée que si le désistement intervient à l'expiration des délais d'appel.

Malgré cette réserve, il ne nous semble pas encore que la théorie de Merlin soit acceptable, parce que nous pensons qu'un tel acquiescement n'a de l'acquiescement que le nom.

En effet, l'abandon d'instance de l'appelant n'est pas une manifestation de volonté qui vient se joindre à une autre et contribuer à la conclusion d'un contrat, ce n'est pas l'acceptation d'une offre, elle est au contraire une offre de contracter. Mais, nous dit Merlin, par le fait d'avoir provoqué le jugement attaqué, l'intimé a suffisamment déclaré vouloir en profiter et l'appelant en se désistant ne fait que d'acquiescer à sa prétention. Nous répondrons que cette manifestation de volonté ne doit plus être prise en considération.

Ce qu'il faut considérer et ne pas perdre de vue, c'est que la première instance est comme anéantie dans la mesure où l'appel a été interjeté, l'appel a tout remis en question et cette nouvelle instance une fois liée appartient également à l'appelant et à l'intimé, elle ne peut disparaître que de leur consentement actuel.

La demande de l'appelant peut, du reste, provoquer

de la part de l'intimé une revision du jugement de première instance relativement aux chefs sur lesquels il aurait succombé, c'est un droit qu'on ne peut plus lui enlever, s'il ne consent pas, en acceptant le désistement, à s'en dessaisir.

Et puis, comment l'intimé aurait-il pu adhérer à l'extinction de l'instance, alors qu'il ignorait si elle verrait le jour ?

Pour que l'instance d'appel soit valablement désertée par les deux parties, il faut donc que le désistement de l'appelant soit accepté ; alors, mais seulement alors, du fait qu'aucune décision n'est intervenue au fond ; l'effet suspensif de l'acte d'appel n'est pas maintenu et le jugement de première instance acquiert force de chose jugée.

De par son désistement, l'appelant acquiesce bien à ces jugements, mais cet acquiescement, ayant emprunté la forme d'un désistement, ne peut plus sortir son plein et entier effet qu'après l'acceptation de l'intimé.

A cette réfutation tirée des principes généraux, nous pouvons adjoindre une argumentation de texte.

Il est inexact, comme le prétend Merlin, que l'article 403 du Code de procédure civile n'envisage que les désistements de demandes.

Lorsque le législateur rédigea l'article 403, les effets du désistement sur l'appel étaient présents à son esprit, puisqu'il en parle expressément dans le troisième alinéa de cet article, et non seulement il ne dit pas que ce

désistement aura sur l'appel un effet différent de celui donné en première instance, mais par cela seul qu'il les met sur la même ligne, il les soumet aux mêmes conditions et leur fait produire les mêmes effets.

Cela est si vrai, que l'article 470 du Code de procédure porte que les autres règles établies pour les tribunaux inférieurs seront observées dans les tribunaux d'appel et l'acceptation du désistement et ses effets sont au nombre de ces autres règles. Si son intention eût été d'assimiler le désistement de l'appel à l'acquiescement au jugement de première instance, c'était assurément l'occasion de le dire, comme il l'a fait dans l'article 469 pour la péremption en déclarant, qu'en cause d'appel, elle aura l'effet de donner au jugement dont est appel l'autorité de chose jugée, si donc il ne l'a pas fait, c'est qu'il ne l'a pas voulu et il n'appartient pas aux tribunaux de suppléer un acquiescement formel dans un cas où la loi ne l'a pas établi (1).

Pour ces raisons, il nous est impossible d'accepter la distinction que Merlin et ceux qui l'ont suivi ont voulu faire entre le désistement d'une demande introduite devant les juges de première instance et le désistement d'un appel.

Les règles du désistement et de l'acquiescement ne sont pas les mêmes, et il ne manque pas de sérieux motifs pour appliquer au désistement quel qu'il soit, les siennes plutôt que celles de l'acquiescement.

1. Favart de Langlade, *op. cit.*, t. II, p. 81, n° 8.

L'acceptation nous apparaît ainsi incontestablement nécessaire à la validité du désistement d'appel, mais de ce que l'appelant doit obtenir le consentement de l'intimé il n'en faut pas conclure qu'il soit toujours indispensable ni que l'intimé ne puisse en certaines circonstances le refuser valablement.

Le désistement non accepté peut parfois produire ses effets; par exemple : lorsque l'instance n'a pas été liée, il n'est pas douteux que dans ce cas, si l'intimé n'a pas constitué avoué, le contrat judiciaire n'étant pas formé, l'appelant peut se désister seul de son appel, ou quand l'intimé refuse son acceptation par pur esprit de chicane (1), ou encore quand le désistement a une cause légitime, telle l'irrégularité de la procédure engagée; ainsi, quand un jugement par défaut est attaqué d'abord par la voie de l'appel et qu'ensuite l'appel est converti en opposition avec désistement de l'appel, ce désistement a tout son effet bien qu'il ne soit pas accepté. La cour d'appel n'est plus saisie et le tribunal de première instance peut statuer sur le mérite de l'opposition (2). Tant que les délais de l'opposition sont ouverts, la cour est incompétente d'une manière absolue (art. 455 du C. proc.), l'appelant n'a donc nul besoin de faire accepter son désistement; il est de droit puisque la Cour renverrait l'appelant à se pourvoir par l'opposition.

1. Cass., 6 nov. 1900. S. 1901.1.235; D. 1901.1.12.

2. Cass., 21 déc. 1819. S. et P. chr. Da. 5.164. — Drep., V^o 117, 1^o. S. 20.1.170.

Mais, de son côté, l'intimé peut avoir un juste motif de ne pas accepter. Ainsi, il fut jugé que l'intimé est en droit de refuser un désistement lorsque l'appelant ne le propose que pour empêcher qu'il soit statué sur une demande reconventionnelle (1) ou pour éviter une condamnation à des dommages-intérêts (2).

L'intimé ne peut pas davantage accepter un désistement d'appel qui intervient après que les parties ont respectivement défendu et plaidé sur le fond, surtout quand le ministère public a été entendu (3).

Quoi qu'il en soit, la légitimité de la résistance de l'intimé doit être soumise à la cour et c'est à elle qu'il appartient de juger de l'opportunité ou de l'inopportunité du défaut d'acceptation (4).

APPENDICE

La question de l'acceptation est étroitement liée à celle de la révocation, c'est-à-dire à celle de savoir si l'appelant qui se repent de s'être désisté peut revenir valablement sur sa parole. Les réponses qui y furent faites différèrent suivant qu'on maintenait au désiste-

1. Colmar, 20 avril 1824. — Drep., V^o n^o 87.

2. Rennes, 7 déc. 1840. S. 41.1.562 ; D. 41.2.170. — Grenoble, 24 février 1905. D. 05.5.43. — Cass., 9 mai 1900. S. 1901.1.185.

3. Requête, 1^{er} juillet 1818. D. 5.168. — Drep., V^o 87, 3^o Cass., 18 mars 1868. S. 68.1.289 ; D. 68.1.252.

4. Lyon, 25 mai 1839. D. 39.2.229 ; S. 39.2.521. — Paris, 28 janv. 1893. D. 94.2.553. — Paris, 23 juin 1898. D. 98.2.311. S. 1900.2.41.

ment d'appel son individualité ou qu'on le confondait avec l'acquiescement.

Ceux qui ne voient dans le désistement d'appel qu'un acquiescement, n'hésitent pas à répondre négativement. Le désistement, disent-ils, étant un acquiescement aux conclusions de l'intimé, le contrat qui a pour but d'abandonner l'instance est parfait dès que le désistement est proposé, la cour est dessaisie immédiatement, la rétractation de l'appelant est donc impossible (1).

Mais, si nous ne voyons dans le désistement d'appel qu'une offre (et c'est à ce système que nous avons accordé nos préférences), nous le soumettrons aux principes qui régissent les offres.

Tant qu'il n'aura pas été accepté par l'intimé, l'appelant pourra le révoquer, et si ce dernier mourait avant que l'intimé ait déclaré vouloir en profiter, il serait considéré comme n'ayant jamais été proposé ; l'offre serait caduque.

Le système d'après lequel le désistement non accepté est insusceptible de rétraction, conduirait à cette conséquence bizarre que si le désistement était fait avant que les délais de l'appel principal fussent expirés pour l'intimé, et que celui appelât principalement, le premier appelant devenu intimé, aurait le droit de relever appel incident et de rétracter ainsi un désistement que l'on

1. Limoges, 31 déc. 1831. S. 32. 2. 159 ; D. 32. 2. 118. — Nancy, 22 mai 1834. Drep. V^o n^o 117.

soutient être irrévocable ; ce qui serait une conséquence intolérable.

Depuis longtemps la jurisprudence et la doctrine se sont prononcées contre la théorie que nous combattons (1).

En conséquence, l'acceptation d'un désistement d'appel qui interviendrait après sa rétraction serait tardive ; la cour resterait saisie (2).

Mais pour que l'acceptation de l'intimé ait comme effet d'enlever à l'appelant la possibilité de se rétracter, il faut qu'elle ne soit pas contestable, qu'il résulte nettement de l'acte qui est censé la contenir, que l'intimé accepte de quitter la procédure.

Ainsi la Cour de Bordeaux déclara valable la révocation d'un désistement d'appel, alors que l'intimé con-

1. Bordeaux, 21 novembre 1828. S. et P. chr. D. 29. 2. 87. Drep. V^o 118. 5. Cass. rej., 25 août 1840. S. 40. 1. 926 ; D. 40. 1. 277. — Toulouse, 24 mars 1848. D. 49. 2. 18 et l'intéressant arrêt de la Cour de cassation du 19 août 1835. S. 35. 1. 592 où il fut arrêté que l'appel interjeté par une partie qui a ensuite donné procuration à un tiers pour s'en désister, peut être réputé toujours subsistant, si avant toute signification du désistement par ce tiers, elle a par des actes ayant date certaine, révoqué la procuration et rétracté son désistement, alors même que ces actes de révocation n'auraient été produits qu'à l'audience après la signification du désistement par le tiers mandataire. La cour valida la révocation en s'appuyant tant sur la non acceptation que sur les manœuvres dolosives et frauduleuses dont avait été accompagné le désistement. Le premier motif ne paraît pas avoir été justifié, car les intimés ayant excipé du désistement à l'audience, ils manifestaient tacitement qu'ils l'acceptaient et ce ne fut qu'après leur acceptation tacite que l'avocat de l'appelant en leur répliquant fit part des actes de révocation et de rétraction.

2. Bordeaux, 20 mai 1831. S. 31. 2. 228 ; D. 31. 2. 157.

cluait à sa nullité parce qu'elle avait eu lieu après la signification du désistement que lui, intimé, avait faite à l'appelant et qu'il estimait être une acceptation suffisante (1).

D'abord cette manière de faire était pour le moins bizarre, c'est l'appelant qui signifie le désistement et non l'intimé à l'appelant, puis il est difficile de voir dans cette signification une acceptation alors qu'elle ne contenait aucune disposition y faisant allusion.

Si plusieurs intimés étaient en cause et que le désistement soit accepté par les uns et refusé par les autres, il serait valablement rétracté à l'égard des seconds seuls, mais si l'offre de désistement peut et doit être considéré comme indivisible par exemple parce que la demande a été introduite par un seul et même exploit, pour la conservation de droits exercés en commun et en vertu de titres communs; le désistement sera valablement rétracté à l'égard de tous quoique certains l'aient accepté (2).

Nous avons dit que le désistement peut être rétracté jusqu'à ce qu'il ait été accepté. Un arrêt de la Cour de Toulouse permet d'user de cette faculté encore plus largement, il ouvre ce droit à l'appelant jusqu'à ce qu'il ait eu connaissance légale de cette acceptation (3).

1. Bordeaux, 21 novembre 1828, déjà cité.

2. Cass., 25 août 1840, déjà cité. — Pau, 17 avril 1837. S. 1837.

2. 299; D. 38. 2. 16.

3. Toulouse, 24 mars 1848. S. 48. 2. 361; D. 49. 2. 18.

Cette condition supplémentaire n'est pas illégale, car la volonté ne produit effet que quand elle arrive à la connaissance du destinataire, mais nous pensons qu'il ne faut pas être exigeant sur la manière légale dont cette acceptation parvient à l'appelant et que la déclaration d'acceptation qui serait mise dans l'acte de notification du désistement serait suffisante.

CHAPITRE VI

EFFETS DU DÉSISTEMENT

A partir du moment où l'intimé et l'appelant sont tombés d'accord pour cesser toute procédure, la cour s'est trouvée dessaisie, les juges n'ont pas rendu de sentence puisqu'il n'y avait plus de procès et contrairement à ce qui se passait sous l'ancienne législation, il n'est pas nécessaire qu'il soit statué sur le désistement.

Qu'il intervienne en appel ou en première instance, l'effet capital du désistement est de mettre fin à l'instance et de faire supporter par le désistant la charge de payer les frais. (Art. 403 du C. de procéd.)

Tout se passe comme s'il n'y avait pas eu de procès. C'est ce qu'exprime le premier alinéa de l'article 403 du Code de procédure en disant : le désistement, lorsqu'il aura été accepté, emportera de plein droit consentement que les choses soient remises de part et d'autre au même état qu'elles étaient avant la demande.

Le demandeur est à même de recommencer son procès, l'appelant d'en appeler à nouveau. Mais si les délais

d'appel sont expirés, l'appelant qui s'est désisté ne peut plus user une seconde fois de cette voie de recours.

L'article 403 ne traduit donc pas exactement en appel la situation de celui qui se désiste, car s'il se retrouvait dans la même situation qu'avant la demande, il pourrait encore interjeter appel, il est plus exact de dire ici que le désistement a pour effet de remettre les choses dans l'état où elles seraient s'il n'y avait pas eu appel. Et cet effet se produit automatiquement, l'appelant qui se réserverait dans son acte de désistement le droit de renouveler appel, ferait une réserve inutile ; l'article 443 du Code de procédure, qui ne reconnaît qu'un délai de deux mois pour interjeter appel à dater du jour de la signification du jugement contradictoire à personne ou à domicile, est un texte impératif qui n'admet pas de dérogation.

Le désistement d'appel produit tous les effets du désistement de première instance ; il fait tomber les interventions qui n'existaient que parallèlement à l'action principale, la prescription n'est plus interrompue, les intérêts moratoires cessent de courir ainsi que les délais donnés pour accomplir certains actes, les jugements d'avant dire droit sont anéantis, etc.

Mais à côté de ces effets communs au désistement devant les deux degrés de juridiction, certains sont particuliers au désistement d'appel.

Par exemple, le désistement du bénéfice d'un jugement frappé d'appel, donné par l'une des parties quoi-

que non accepté par l'autre, non seulement ne peut mettre fin à l'instance d'appel, mais encore ne peut permettre de produire à nouveau la demande devant le juge du premier degré. Cette dernière remarque est d'une évidence telle qu'il semble inutile d'en faire mention et cependant la Cour de cassation fut appelée à consacrer cette règle de droit (1).

Il est plus intéressant pour nous de savoir si l'arrêt qui donne purement et simplement acte d'un désistement d'appel constitue une décision susceptible d'acquiescer l'autorité de la chose jugée.

L'espèce soumise aux juges de la Cour suprême, à l'occasion de laquelle elle fut appelée à donner son avis, mérite d'être mentionnée (2).

L'appelante après avoir obtenu acte de son désistement d'appel, avait argué ce désistement de nullité sous prétexte qu'il avait été donné par un mandataire général dépourvu des autorisations nécessaires ; on se demandait alors, si l'arrêt qui avait constaté le désistement sans discuter le fond de la contestation pouvait être opposé victorieusement à la demande postérieure de nullité.

L'arrêt de la Cour de cassation n'était pas douteux, il décida que l'arrêt qui constate un fait, un contrat volontairement intervenu entre les parties, ne peut

1. Cass., 11 août 1885, D. 86. 1. 161 ; S. 88. 1. 468.

2. Cass., 2 février 1882, D. 83. 1. 149 ; S. 64. 1. 55.

avoir autorité de chose jugée relativement à la validité de cet acte, ce n'était qu'une constatation authentique de l'accord des parties. Et cela s'explique aisément, car la cour n'a rien jugé, une chose est indubitable, c'est que les plaideurs ont abandonné l'instance ; quant à savoir si leur convention est entachée de nullité, la cour n'a pas eu à se prononcer sur ce point, son arrêt de donner acte ne saurait donc l'avoir tranché. Mais si l'appelante invoquant la nullité de l'acte de désistement veut reprendre la procédure au point où elle l'a délaissée, ce sera à la cour de juger de sa validité. Cette décision qui interviendra pourra alors acquérir l'autorité de chose jugée.

Comme toutes les conventions, le désistement d'appel est pour les tiers *res inter alios acta*, il ne peut produire d'effets qu'entre les parties qui l'ont accepté.

La Cour de cassation fit une curieuse application de cette règle (1). Deux personnes, postérieurement à un jugement rendu entre elles et certaines autres, avaient consenti une transaction par laquelle l'une renonçait à attaquer ledit jugement par quelque moyen que ce fût en stipulant que la convention serait considérée comme nulle et non avenue dans le cas où une des parties autre que les contractants interjetterait appel.

Un appel ayant été introduit, la cour jugea la condition résolutoire réalisée, et par suite la convention

1. Cass., 22 mars 1904. D. 1906. 2. 101.

annulée par le fait seul de cet appel, abstraction faite du désistement dont il avait fait l'objet. Ce désistement ne pouvant produire d'effet qu'entre les parties. L'article 403 par lequel les choses doivent être remises en l'état où elles se trouvaient avant la demande, n'avait donc pas lieu d'être appliqué et la convention intervenue entre les deux parties ne retrouvait pas une force nouvelle par l'effet du désistement d'appel.

Cette interprétation de l'adage *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, peut paraître un peu étroite, car il n'était pas question de faire profiter ou de causer dommage à un tiers en invoquant les clauses du désistement, par suite de la convention de transaction et de ses conditions, le désistement de l'appel ne devait pas rester sans effet à l'égard de la plaignante puisque l'appel lui même en produisait un, celui d'anéantir la transaction, donc l'appel disparaissant, la transaction devait régir à nouveau les rapports des deux parties en cause,

Il reste à savoir si dans les conditions où l'affaire s'est présentée à la Cour de cassation, la transaction devait être résolue par le fait seul de l'appel (comme l'a pensé la Cour) ou de l'appel maintenu et aboutissant à un arrêt qui aurait pu modifier leur situation.

C'est une question de fait que les juges seuls pouvaient apprécier et que les motifs de l'arrêt n'indiquent pas comme ayant été débattue. Néanmoins, dans le doute, nous croyons qu'il vaudrait mieux faire fléchir l'arti-

de 1165 du Code civil devant l'article 403 du Code de procédure en vertu de l'article 1157 du Code civil. « Lorsqu'une clause (dans un contrat) est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

Appel incident. — Parmi les nombreux effets du désistement, il n'en est guère qui aient donné lieu à plus d'arrêts ni à plus de controverses que celui que peut avoir le désistement de l'appel principal sur l'appel incident émis par l'intimé.

La question paraît maintenant définitivement tranchée, mais si le système adopté actuellement finit pas l'emporter, ce ne fut pas sans résistance de la part de ses adversaires.

On s'accorda de bonne heure à reconnaître que le désistement de l'appel principal n'a aucune influence sur l'appel incident formé antérieurement à lui.

En effet, l'intimé est fondé à réclamer décision sur son appel malgré le désistement de l'appelant. car l'article 443 du Code de procédure lui donne le droit d'introduire appel incident en tout état de cause et en l'introduisant il n'a fait qu'user de cette faculté.

Cet appelant été valablement formé, l'intimé a donc un droit acquis à obtenir une décision statuant sur sa demande et l'appelant principal ne peut l'en frustrer en se désistant.

D'ailleurs, si l'appelant en se désistant pouvait faire

tomber l'appel incident, il arriverait parfois que son désistement manquerait le but ; c'est dans le cas où l'intimé est encore dans les délais légaux pour appeler principalement. Il formerait appel principal pour obtenir ce qu'il réclamait incidemment.

Mais, se basant sur l'article 443, la jurisprudence maintint l'appel incident et depuis elle ne s'est pas démentie (1).

L'accord fut plus long à s'établir sur l'hypothèse suivante : l'intimé qui interjette appel incident après l'expiration du délai de deux mois et le désistement de l'appel principal, est-il recevable à suivre sur son appel incident ?

Une raison majeure s'y oppose, a-t-on dit tout d'abord ; l'appel incident est intimement lié à l'appel principal et si ces deux appels ne sont pas unis par un rapport de cause à effet, tout au moins le second est-il la condition du premier, celui-ci ne peut voir le jour sans avoir été précédé de celui-là, or le désistement d'appel étant un acquiescement, il éteint l'instance de lui-même sans avoir besoin d'être accepté ; si l'article 443 reconnaît à l'intimé le droit d'interjeter appel incident, faut-il encore que cet appel puisse s'appuyer sur un appel

1. Paris, 8 août 1809. S. 14. 2. 437 ; D. 1. 534. Drep. V^o n^o 121. — Cass., 23 nov. 1836. S. 36. 1. 899 ; D. 37. 1. 55. — Colmar, 3 août 1837. S. 38. 2. 299 ; D. 38. 2. 47. — Paris, 3 janv. 1852. S. 52. 2. 138 ; D. 52. 5. 28. — Cass., 20 février 1907. S. 1907. 1. 263. — Chauveau sur Carré, Quest., 1580. — Rousseau et Laisney. V^o Appel, n^o 535. — Bioche, V^o n^o 53.

principal, or celui-ci n'existant plus, l'intimé est sans droit à l'appel incident (1).

Les arrêts qui ont donné cette décision ne laissent pas d'être embarrassants ; ils statuent dans une espèce où à la rigueur on pourrait admettre que le désistement de l'appelant produisit son effet sans être accepté. C'est celle où l'intimé n'a aucun motif de refuser son acceptation. L'appel incident qu'il avait formé n'était qu'une mesure vexatoire prise dans un moment de mécontentement et dans le but d'augmenter les frais de procédure.

L'arrêt de la cour remplit alors l'office d'une condition résolutoire, la sentence a un effet rétroactif en vertu de ce principe qu'un acte déclaré valable en justice a force, non pas seulement à partir du jugement, mais est légal et produit tous ses effets du jour même où il a été fait. Le désistement ayant été jugé valable, l'instance s'est trouvée éteinte et l'appel incident est survenu trop tard.

Nous répondrons que si l'appel incident est inséparable de l'appel principal au point de tomber si cet appel est déclaré irrecevable, cette circonstance ne saurait mettre l'intimé sous la dépendance de l'appelant et permettre à ce dernier, par un désistement, de lui enlever la faculté d'interjeter appel incident.

1. Rennes, 16 mai 1820. D. 5. 165, Drep. V^o n^o 124. — Montpellier, 23 mai 1828. S. 29. 26 ; D. 229. 2. 39. — Rouen, 24 févr. 1844. Drep. V^o n^o 124. — Hautefeuille. *De l'Appel*, n^o 262. — Talandier. *De l'Appel*, n^o 406.

Comme l'écrivit M. Pont (1) lorsqu'on dit que l'appel incident est lié à l'appel principal, on n'exprime pas par là l'idée qu'ils tirent de leur importance respective la qualification qu'ils ont reçue de la loi. » Leur nom n'implique qu'une idée de succession. L'appel incident peut ne se rattacher en aucune manière à l'appel principal, avoir un objet distinct et séparé. Il est une commodité pour les parties auxquelles il évite les frais de deux instances en faisant statuer sur leurs prétentions par le même jugement. Les liens qui unissent l'appel principal à l'appel incident ne sont pas assez étroits pour faire souffrir au second les vicissitudes du premier.

Nous savons ce que vaut l'argument par lequel le désistement d'appel ne doit pas être accepté parce qu'il est un acquiescement, car nous avons vu le contraire nécessaire pour des raisons d'ordre général.

Que la cour décrète la nullité de l'appel incident après examen de l'affaire, ce n'est pas contestable, mais on ne peut pas poser en principe que l'appelant est maître d'anéantir l'instance par sa seule volonté. Il ne faut pas davantage, pour reconnaître à l'intimé le droit de suivre sur son appel incident après le désistement de l'appelant, dire que dès l'introduction de l'appel principal s'ouvrait pour l'intimé un droit absolu à l'appel incident, que c'était pour lui un droit acquis incontestable à l'abri de tout désistement (2). Cette manière

1. Pont. *Revue de législation et jurisprudence*, année 1847, t. IV, n. 28.

2. En ce sens Carré quest. 1580. V. Coffinières. *Encyclopédie du Droit*.

de voir nous paraît le résultat d'une confusion de la part de ses auteurs entre la possibilité d'exercer un droit et l'acquisition de ce droit; si l'appel principal ouvre à l'intimé la faculté d'interjeter appel incident, il ne peut avoir droit acquis à cet appel qu'après l'avoir interjeté.

La vraie réponse à notre question se trouve dans la loi et avec elle les difficultés disparaissent immédiatement. Pour que le désistement produise son effet, dit-elle, il faut qu'il soit accepté, donc nous déclarerons tardif l'appel incident survenu après l'acceptation du désistement puisqu'il n'y a plus d'instance et nous le reconnaitrons valable quand il lui sera antérieur (art. 403 C. pénal combiné avec l'art. 443) (1).

Il ne faudrait pas croire que l'intention où serait l'intimé de relever appel incident serait un refus légitime d'accepter le désistement s'il n'en avait pas d'autre, il faut au moins que son appel incident ait quelque raison d'être (2).

V^o Appel, n^o 175. — Bioche. V^o Appel, n^o 697. — Rivoire. *De l'Appel*, n^o 306.

1. Poitiers, 16 janv. 1824. Da. 25. 2. 87. Drep. V^o 125. — Montpellier, 22 juillet 1842. S. 43. 2. 19; P. 44. 1. 498. — Orléans, 30 avril 1846. S. 46. 2. 615; D. 46. 2. 135. — Paris, 3 janv. 1852. S. 52. 2. 138; D. 52. 5. 28. — Paris, 5 mars 1868. S. 68. 2. 116; D. 70. 2. 53. — Paris, 21 février 1874. S. 74. 2. 143; D. 76. 2. 215. — Alger, 3 janv. 1905. S. 1907. 23. 165; D. 1906. 2. 183. — *Sic* Chauveau sur Carré, t. III, question 1453. — Rivoire. *Appel*, n^o 306, et sous Alger, 3 janv. 1905 dans le Sirey la note et les renvois.

2. Montpellier, 31 juillet 1821. Da. 5. 170. Drep. V^o n^o 133. S. et Pchr.

Conformément à ces principes, il fut décidé qu'en cas d'appel incident après désistement, l'appellant rentre dans le droit de donner suite à son appel nonobstant son désistement (1).

Nous ne dirons rien des formes du désistement, de celles de l'acceptation et de la révocation, ni de l'opposition qui peut être formée à l'ordonnance du président liquidant le montant des frais. Les solutions adoptées pour le désistement d'appel sont celles qui ont été données pour le désistement de première instance.

Nous terminerons en faisant observer que l'article 471 du Code pénal qui exige de l'appellant la consignation d'une amende et ne la lui rembourse qu'au cas d'infirmité de la sentence attaquée, n'est pas applicable au désistement.

On pourrait supposer que l'appellant qui se désiste prononce sa propre condamnation et encourt l'amende.

Nous croyons au contraire que la somme consignée ne doit pas être retenue, car l'article 471 ne prononce l'amende que contre l'appellant condamné, or la condamnation ne peut émaner que du juge, celui-ci n'ayant pas été appelé à statuer, le montant de l'amende doit retourner au désistant.

Le désistement d'une inscription de faux fait bien

1. Amiens, 15 décembre 1821. S. 22,2305 ; D. 1.533. Drep. V° n° 126.

encourir l'amende, mais l'article 247 du Code pénal est un texte spécial à la matière qu'il réglemente et doit être interprété restrictivement.

Vu : le Président de la thèse,
ALBERT TISSIER

Vu : le Doyen,
LYON-CAËN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE I. — Le désistement d'appel, sa nature, ses caractères distinctifs d'avec l'acquiescement, la transaction, l'aliénation et la péremption.	5
CHAPITRE II. — Origines historiques du désistement d'appel, droit romain, ancien droit.	17
CHAPITRE III. — Matières susceptibles de désistement d'appel. — Matières dites d'ordre public. — Ce qu'est l'ordre public. — Pourquoi il y a des matières dites d'ordre public dans lesquelles le désistement d'appel doit être possible, article 6 du Code civil.	27
§ 1. — Le divorce. — Peut-on se désister de l'appel d'un jugement prononçant le divorce? Exposé de la question avant la loi du 18 avril 1886. — L'article 249 du Code Civil ; son véritable contenu, l'article 249 est un texte exceptionnel.	34
§ 2. — Séparation de corps. — Incohérence de la jurisprudence qui admet ici le désistement	

d'appel tandis qu'elle le repousse quand il s'agit du divorce. — Solution durable....	45
§ 3. — Interdiction et conseil judiciaire. — Le fait que ces mesures ne sont pas réclamées par l'intéressé, est-il à prendre en considération dans notre débat? — Validité du désistement dans ces matières.....	49
CHAPITRE IV. — Capacité et pouvoirs.....	57
§ 1. — Femme mariée. — Ayant été autorisée pour appeler, doit-elle l'être à nouveau pour se désister de cet appel? — Tribunal compétent pour l'habiliter en cas de refus ou d'impossibilité de son mari.....	58
§ 2. — Mineur non émancipé et interdit.....	61
§ 3. — Mineur émancipé.....	61
§ 4. — Prodigue ou faible d'esprit.....	62
§ 5. — Mandataire conventionnel.....	62
§ 6. — Père administrateur légal.....	63
§ 7. — Tuteur. — Article 464 du Code civil. — Le tuteur pour se désister doit-il être assisté du subrogé tuteur? — Pouvoirs du tuteur en matière mobilière. — Nécessité de l'autorisation du conseil de famille en matière immobilière, moment auquel elle doit être donnée. — Conséquence du défaut d'autorisation.....	64
§ 8. — Avoué.....	73
§ 9. — Syndic de faillite.....	75

CHAPITRE V. — Acceptation. — Le désistement d'appel n'étant pas un acquiescement a besoin d'être accepté. — Exceptions. — Cas où le refus d'acceptation est légitime.....	78
Appendice. — Révocation du désistement.....	86
CHAPITRE VI. — Effets du désistement. — L'arrêt qui donne acte d'un désistement, constitue- t-il une décision susceptible d'acquérir l'au- torité de chose jugée. — Le désistement est <i>res inter alios acta</i> . — Appel incident....	101
TABLE DES MATIÈRES.....	103

